13



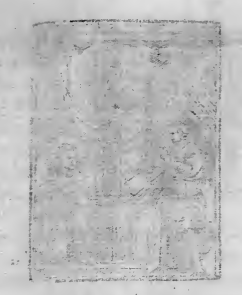
POR DON FRANCISCO DE MOYA, POR

ſi y como padre y legitimo adminiſtrador de don Ioſeph Arias de Moſcoſo y Moya ſu hijo, vezino de la ciudad de Malaga. En el pleyto

CON

Don Iuan Alonſo de Moſcoſo y Poço.

Impreſſo en Granada, en caſa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.



POR DON FRANCISCO DE MOYA, POR

si y como padre y legitimo administrador de don Ioseph Arias de Moscoso y Moya su hijo, vezino de la ciudad de Malaga.

En el pleyto

CON

Don Iuan Alonso de Moscoso y Poço.

Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.

N.1 ESTE pleyto està pẽdiente en lo principal ante la justicia de Malaga: del auto de interin q̃ el Iuez dio en favor de don Francisco de Moya vino apelado a la Chancilleria, adõde la otra parte dixo agrauios, y pidio retencion. Por auto de vista se confirmò el del interin, y la retencion se denegò. Suplicò don Iuan Alonso, y en la peticion de suplicacion introduxo otro nuebo articulo pidiendo sequestro. D. Francisco de Moya lo ha contradicho, y pedido que el auto de vista se confirme. Visto sobre todo se remitio el negocio en discordia, y està visto en la Sala de remission.

2 ¶ La parte cõtraria ha dado informaciones de derecho, en que escribe sobre todas quatro cosas, justicia principal, interin, sequestro, y retenciõ, con que nos obliga a informar sobre lo mismo, y responder a lo que se ha escrito, començando por la justicia principal: porque aunque no ha de ser la determinacion sobre ella, se considera por motiuo para los articulos vistos: y assi se fundarà tres en este papel, correspondientes a las pretensiones referidas.

ARTICVLO PRIMERO.

Sobre la justicia principal.

3 ¶ Don Iuan Alõso de Moscoso Obispo que fue de Malaga, por escritura publica que otorgò en 19. de Nouiẽbre del año de 1612. fundò vn mõte de piedad para ornato y seruicio del culto Diuino de la dicha Santa Iglesia, y amparo y remedio de los pobres, y otras obras pias. Y las clausulas de

la

la dicha escritura que para este pleyto juzgamos ser necessarias, dizen assi.

CLAVSVLAS DE LA ESCRITVRA primera.

4 ¶ *Y por el tenor de la presente carta y escritura, en la mejor via e forma que de derecho en todo lugar aya, libre y expontaneamēte fundamos, erigimos, y dotamos vn monte de piedad y obra pia para el ornato y seruicio del culto Diuino en esta nuestra santa Iglesia Cathedral, y para el amparo y remedio de los pobres desta ciudad y Obispado, y remedio de otras necessidades que iran especificadas, y la orden y distribucion que han de tener en vn memorial que auemos de hazer para el dicho efecto firmado de nuestro nombre, al qual nos remitimos, y auemos aqui por expresso, para que tenga el mismo valor y efecto que si dentro de esta escritura se otorgàra, &c.*

OTRA CLAVSVLA.

5 ¶ *Y porque este dicho monte de piedad y obra pia general, y la orden que nos dexaremos expressada en el dicho memorial, mejor se execute, aumente, conserue y gouierne, por la presente nombramos por patronos della al Doctor don Iuan Arias de Moscoso Dean en esta santa Iglesia de Malaga nuestro sobrino, y al Doctor don Frãcisco del Poço nuestro Prouisor, y Preposito de nuestra Iglesia Colegial de Antequera, a ambos a dos juntos por los dias de sus vidas: y muriendo el vno, quede el otro vnico patrono mientras viuiere: y para despues de sus dias reseruamos en nos hazer escritura y declaracion de perpetuo patronazgo al dicho monte de piedad, como la tenemos hecha para la fundaciõ de nuestro Colegio Teologo que fundamos en la Vniuersidad de Alcala de Henares de la aduocacion de los gloriosos Martyres S. Ciriaco, y santa Paula. Però si fallecieremos antes de hazer la dicha escritura de patronazgo perpetuo, es nuestra volũtad*

tad que los dichos Dean y Preposito patronos ya nombrados la puedan hazer y hagan como mas se sirua nuestro Señor, y vieren que conuenga para la buena administracion deste monte de piedad: y si el vno muriere antes de otorgarse la dicha escritura de patronato, el que quedare viuo la pueda otorgar, que para todo les damos a ambos juntos, y muriendo el vno, al que quedare insolidum todo nuestro poder cumplido bastante con libre y general administracion como de derecho se requiere, y en tal caso es necessario para la dicha fundacion de patronato, la qual queremos que assi otorgada por los dichos Patronos, o por el vno en el caso referido se obserue y guarde para siempre jamas, como si nos por nuestra propria persona la hizieramos y otorgaramos: a los quales dichos patronos, y a los que despues dellos sucedieren les encargamos las conciencias, que en quanto les fuere possible procuren el bien y acrecentamiento, y la execucion deste mõte de piedad y obra pia, y lo que cerca dello declaramos en el dicho memorial.

En el memorial a que se refiere esta escritura ay otras dos clausulas, que para este negocio deuen põderarse.

Y en la dicha escritura de fundacion, ereccion, y dotacion.

PRIMERA CLAVSVLA del memorial.

6 ¶ *Y porque es razon que los Patronos desta obra pia general, y monte de piedad tengan algun prouecho e premio honroso como de ordinario suelen tener los demas Patronos de obras pias por lo mucho que en ella han de cuydar e trabajar, es nuestra voluntad e mandamos que de los dichos reditos se saquen siete mil ducados, y se empleen en censos, juros, o heredades con que se hagan 350. de renta en cada vn año, e lo que assi se comprare con ellos vinculamos perpetuamẽte para que no se pueda vender ni enagenar para el patrono que por tiempos fuere deste nuestro monte de piedad, sobre la qual hazienda assi vinculada cargamos quatro Missas reçadas que se dirán en nuestra Capilla, o en la que el mesmo Patron o señalare por nuestra anima en las tres Pasquas del año en qualquiera de sus dias, y la otra en el dia de nuestro falle-*

 cimiento,

cimiento, las quales se digan perpetuamente en cada vn año, e al Sacerdote que las dixere se les den de limosna por cada vna seys reales.

SEGVNDA CLAVSVLA DEL memorial.

7 ¶ *Y siendo certissimo que los hombres no conocen las cosas futuras contingentes que estan reseruadas a la cognicion de Dios nuestro Señor, y yo en estas obras pias, y en su orden y distribuycion he procedido como hombre con inteligencia humana, e conozco que con el discurso del tiempo se puede alcãçar e conocer ser mas necessarias otras obras pias, o que se mude el orden dado en las que en este memorial van referidas, es nuestra voluntad, que nuestro Patrono en todas ellas pueda alterar, anteponer, e posponer el dicho ordẽ, executando primero las obras pias postreras en todo o en parte, executando parte de la vna, y sin acabarla passar a otra, y a otras assi en estas obras pias primeras deste nuestro monte de piedad, como en las demas que con sus reditos se huuieren de fundar, erigir y dotar en los siglos venideros.*

8 ¶ Murio el Obispo, y en 9. de Febrero de 616. años don Francisco del Poço Preposito de Antequera, como vno de los Patronos nombrados por el Obispo, dio poder al Dean para que vsasse de la comission. Y las clausulas del poder dizen assi.

CLAVSVLA DEL PODER.

9 ¶ *Como Patrono que es del monte de piedad, y obras pias que quedaron de la buena memoria del señor don Iuan Alonso de Moscoso Obispo que fue deste Obispado de Malaga en la santa Iglesia Catedral della, y como albacea que es del dicho señor Obispo, dixo y otorgó que daua y dio su poder cũplido como de derecho se requiere al señor don Iuã Arias de Moscoso Dean de la Catedral de Malaga, Patrono assimismo del dicho monte de piedad, memorias y obras pias que fundó el dicho señor don Iuan Alonso de Moscoso, y assimismo fue albacea, para que en su nombre, y representando su persona cumpla y execute la voluntad del dicho señor Obispo,*

po, fundando las Capellanias que mandó, señalando renta competente para ellas, nombrando los Capellanes que conuengan, y que quisiere nombrar, los que le parecierẽ mas benemeritos. Y assimismo pueda nombrar e nombre Patrono, o Patronos los que le pareciere, y con la sucession q̃ conuenga para el dicho mõte de piedad, memorias, y obras pias, señalando la renta perpetua que ha de auer el tal Patron o Patronos por el dicho Patronato, e despues del que nombrare e sus descendientes, nombre otros los que quisiere, haziendo los llamamientos por linea recta de varon o de hembras, y haga todo lo demas que conuenga, para que tenga efecto el dicho mõte de piedad, memorias, y obras pias, e como lo mãdó e dispuso el dicho señor Obispo.

SEGVNDA CLAVSVLA del poder.

10 ¶ *Otro si le dio el dicho poder, para que en la execucion de la dicha su voluntad, que al otorgante le fue comunicada, y al dicho señor don Iuan Arias de Moscoso, en biẽ del alma del dicho señor Obispo, a quien instituyo por heredera en los veinte y cinco mil ducados, de que tuuo facultad de su Santidad para fundar obras pias en la villa de Argete donde fue natural, pueda el dicho señor don Iuan Arias de Moscoso disponer como le pareciere, para executar y cumplir la dicha voluntad, fundando Capellanias, Patronatos, y otras obras pias, distribuyendo e repartiendo con perpetuydad en los dichos veinte y cinco mil ducados, todo en bien del alma del dicho señor Obispo don Iuan Alonso de Moscoso, e segun e como entre el otorgante y el dicho señor Dean està y lo tienen tratado y comunicado.*

En 12. de Setiembre de 616. el Dean otorgó escritura en virtud de la facultad dada por el Obispo, y assimismo en virtud del poder referido del Preposito de Antequera su compatrono, en que otras clausulas puso las siguientes.

PRIMERA CLAVSVLA.

11 ¶ *Y en aumento y autoridad de mis hermanos e sobrinos,*

nos, e sus descendientes, y en perpetuydad, y conseruaciõ de mi linage y su apellido por lo q̃ a mi toca, como patrono por mis dias, y en nombre del dicho Preposito, por la presente en la mejor via y forma que en todo ha lugar de derecho, otorgo y digo, que crio, fundo, y cõstituyo y doto vn vinculo perpetuo de sucession legitima e patronazgo assi mismo perpetuo, para el buen gouierno y administracion del dicho monte de piedad, e obra pia general, con los bienes y hazienda, e cõ las cargas, e grauamenes, condiciones, declaraciones, e reseruaciones, conforme y en la manera que en esta escritura van expressadas.

CLAVSVLA SEGVNDA.

12 ¶ Y por el mucho amor que el Obispo mi señor y tio tuuo a dõ Iuan Alonso de Moscoso mi sobrino hijo de Pedro del Poço, y de Catalina Lopez mi hermana, patron de las obras pias de Argete, y del insigne Colegio Teologo de Malaga, que su Señoria fundò en Alcala de Henares, y por las buenas obras y seruicios que todos recibimos de sus padres, y porque està muy puesto en razon, que todos los patronatos de su Señoria anden juntos, y no diuididos en diferentes personas, porque resplandezcan, y sean de mas consideracion y grandeza, le llamo y nombro por primero posseedor deste vinculo y patronato para despues de mis dias y del dicho Preposito, y despues del a sus hijos y descendientes, prefiriendo siempre el mayor al menor, y hizo otros llamamiẽtos, y en quinto lugar llamò a doña Isabel Arias de Moscoso, madre de don Ioseph Arias que litiga.

CLAVSVLA TERCERA.

13 ¶ Y cõ lo susodicho reseruo por todos los dias de mi vida poder quitar, añadir, cargar, disminuyr, anteponer, y posponer todo quanto me pareciere conuenir, e que conuiene para el buen efecto, e perpetuydad de la dicha fundacion, y q̃ todas las vezes que quisiere excluyr y quitar deste dicho llamamiento todos, ò qualesquier de los nombrados, y en su lugar poner otros, y assi mismo hazer y poner otras cargas, condiciones, é reseruaciones las pueda hazer.

En

14 ¶ En 23. de Otubre de 621. el dicho Dean como patron vnico por auer muerto el Preposito, y vsando del poder especial que el Obispo le dio en la primera y segunda escritura, otorgò otra sobre la fundacion del dicho Monte de piedad y vinculo, en que nombró por primera patrona y posseedora del, y de las seys Capellanias que el dicho Dean tenia fundadas en la capilla del Sãto Christo de la Iglesia de Malaga con hazienda del Obispo y suya a la dicha doña Ysabel Arias de Moscoso su sobrina, y a sus hijos y descendientes legitimos, y despues dellos llamò al hijo segundo de don Iuan Alonso de Moscoso, y mandó, que doña Isabel gozasse desde luego la renta de los siete mil ducados como se fuessen imponiẽdo en ella, y reseruó en si por sus dias el patronato, y mandò assimismo, que el patron viua en Malaga, o en su Obispado, y no viuiendo, gouierne el patronato el Obispo de Malaga hasta que el patron viua en ella, diziendo, que assi conuenia para la buena administracion y gouierno del dicho Monte de piedad, como lo auia ordenado el Obispo su tio, y reuoca todas las escrituras antes hechas y otorgadas para la fundacion y dotacion del dicho vinculo y patronato.

15 ¶ En 16. de Febrero de 622. el dicho Dean otorgò otra escritura, en que reualidando lo dispuesto en la escritura proxima antecedente, dize, y ordena, que continuando la fundacion del dicho vinculo y patronato, despues de auer considerado los incõuenientes, peligros, y dificultades que pueden suceder en los tiempos venideros por justas causas que le mouieron, y por la seguridad de su conciencia, si la dicha doña Isabel sucediere en los patronatos de Argete y Alcala a que estaua llamada, de que era patrõ don Iuan Alonso de Moscoso su hermano la excluye, y a sus hijos mayores de la sucession del vinculo de Malaga y Monte de piedad, para que en este caso sucedan sus hijos segundos, de manera, que el hijo mayor goze los patronatos de Castilla, y el segundo el patronato y vinculo de Malaga.

16 ¶ Conforme a las escrituras y clausulas referidas,

ridas, el punto (en la justicia principal deste negocio) viene a ser si qnedó irreuocable el nombramiento q̃ el Dean hizo en don Iuan Alonso, por si y en virtud del poder del Preposito por la escritura de 12. de Setiembre de 616. o si pudo variar y mudar el dicho nõbramiento, como lo mudò y reuocò por la escritura de 23. de Otubre de 621. nombrando en primero lugar y por primera patrona del Monte de Piedad y vinculo a doña Isabel Arias de Moscoso, y despues de ella a sus hijos y descendientes legitimos.

17 ¶ La duda deste punto se resuelue facilmente discurriendo sobre las distinciones comunes y verdaderas que se hazen en la materia conforme a la diferencia de los casos que pueden ofrecerse en ella.

18 ¶ La primera distincion se haze entre dos casos generales. Vno, quando la facultad de nombrar y eligir está dada por los dias de la vida, o con mencion de la muerte del Comissario, o para que aya de tener efecto despues de la dicha muerte. Otro, quãdo la facultad está dada simpliciter para eligir y nõbrar, siué in vita, siué in morte, sin expressarse ninguna de las calidades referidas.

19 ¶ En el primero caso, es constante y comun resolucion, que la facultad es variable toties quoties el eligiente quisiere; aũque esté hecha en acto de donacion, o otro qualquiera de su naturaleça irreuocable: ita probat expresè textus in l. vnum ex familia, in principio, ff. de leg. 2. ibi: *Aut quandiu potest mutari voluntas.* Et rursus, ibi: *Siuè tandem duret electio, siuè mutetur*: & ibidem tradunt Bart. Paul. Imola, Cuman. & cæteri DD. melior textus in l. cum pater, §. á filia, ff. eodem titulo, donde en terminos de facultad que se dexò por testamento, y se executò por via de donacion entre viuos, vt patet ex textu, ibi: *Vni ex libertis prædia fideicommissi viua donabit*, concluye el I.C. que por auerse dexado el fideicommisso para despues de los dias de la heredera, no fue ni quedò inuariable, ni irreuocable la eleccion.

20 ¶ Sic in formalibus terminis resoluũt Caldas Pereira de potestate eligendi, 3. parte, cap. 2. num. 2. & 5.

&5.& num. 12.& 13. Valasc.(ex elegāti disputatione) consult.102.per totam, D. Molina de primog.lib.2. cap.4.num.23.Burgos de Paz, cons.20. numer.17.& duobus seqq.erudité Aluarad. de coniecturatā méte defuncti,lib.2.cap.2.num.24.& 25.Ant.Gomez in l. 40. Taur.n.49.& 50. Simon de Prætis de interpretatione vltimar. voluntatum, lib. 1. interpretatione 1. dubitatione 5.solutione 4.numero 1.& sequentibus, copiosè Flores de Mena variar.quæstionum, libro 3. quæstione 22.ex numero 16. Petrus Surd. cons.264. per totum, præcipuè ex num.24.cum seqq.lib.2.plenissimé D.noster Præses Valençuela,cons. 63.nu.39. vol.1.Rota apud Farinac.decis.323.per totam,tom.1. nouissimarum,D.Castillo tom.5.cap.80.num.18.in principio,Mieres de maioratibus, 1.p.quæstione 48. num.176.& 237.ad finem,in 2.editione,Gamm.dec. 173.per totam,Cartar.decis.35. Velazquez de Auendaño in l.17.Taur.glos.6.& in l.25.num.3.Dom.Paz de tenuta,tomo 1.cap.34.num. 56.mirabiliter Pater Molina de iust.& iur.tractat.2.disput.593. ex num.1. cum seqq.

21 ¶ Y esta resolucion procede indistintamente, & quomodocumque esté dada la facultad, siuè in testamento, siuè in contractu, vt formaliter probatur iuribus præallegatis, & resoluunt expressé omnes superiores DD.maximé Cald. Pereir. vbi sup.num. 13. dicens: *Quod nulla prorsus est constituenda diferentia inter potestatem eligendi, seu nominandi concessam in testamento, & tributam in contractu, dummoda sit eligens grauatus post mortem, seu cum morietur eligere, aut restituere, variare enim semper poterit, & semel factam electionem reuocare.* D.Molina lib.2. dicto cap.4. numer. 84. ibi: *Quæ omnia tam in electione competenti ex contractu, quam ex testamento intelligenda sunt, quamuis enim in electione simpliciter concessa diferentia inter electionem competentem, ex vltima voluntate, seu ex contractu assignari soleat in electione, tamen in tempus mortis præcisse collata, ea diferentia facienda non est, imo siuè competat ex cotractu, siuè ex vltima voluntate, semper vsque ad mortem variari poterit, cum in casu de quo agimus militet eadem ratio in contractu, & vltima voluntate.* La

22 ¶ La facultad de nuestro caso dada por el Obispo, es de la calidad que está dicha: porque dize la clausula supra num. *A ambos juntos por los dias de sus vidas: y muriendo el vno, quede el otro vnico Patrono mientras viuiere*, ex quibus repetitis verbis, el derecho de Patronos se dio al Dean y Preposito para todo el tiempo que viuiessen, en que se presupone que la facultad de nõbrar Patronos auia de ser para despues de los dias de ambos. Lo qual se confirma mas con las palabras siguientes, que dize la clausula, ibi: *Y para despues de sus dias reseruamos en nos hazer escritura, y declaracion de perpetuo Patronazgo*: donde se ve claramẽte que la facultad de nombrar que reseruò en si, fue para despues de los dias del dicho Dean y Preposito: y auiendo sido esta misma facultad la que les dio a ellos para que hiziessen la escritura de perpetuo Patronato; si el Obispo falleciesse antes de auerla hecho, vt patet ex inferioribus clausulæ verbis, sub versiculo: *Però si fallecieremos antes de hazer la dicha escritura de Patronato*, necessariamente se sigue, q̃ en el vno y otro caso, assi de la facultad reseruada para nõbrar el Obispo, como de la que dio a los Patronos no auiẽdo el nombrado, es vna misma la calidad que se expressó, nempè que el nombramiento y declaracion de perpetuo patronazgo auia de ser y tener efecto para despues de los dias de los dichos Patronos.

23 ¶ Conforme a lo qual es ajustada y precissa para el dicho nuestro caso la aplicacion de las doctrinas referidas.

24 ¶ Y lo mesmo fuera aunque no se huuiesse hecho mencion de la muerte de los Patronos, ni el efecto del nombramiento se huuiesse conferido para despues de sus dias con palabras tan claras, sino que como quiera (etiam tacitè, & coniecturis) se percibiesse esta voluntad de la disposicion, expendit notabiliter Flores de Mena, dicta quæstione 22. num. 33. donde dize, que para que el Comissario para hazer eleccion la tenga conferida al tiempo de su muerte, no es necessario q̃ lo diga el testador, sino que se colija de conjecturas, Rota apud Farin. dicta

decis.

decis.323.num.2. dōde in indiuiduo se determinò, q̄ la eleccion se auia conferido in tempus mortis, & per consequens fue variable vsq; ad mortem, ex eo que la persona a quiē se auia dado la comission estaua grauada a restituir los bienes tempore mortis: y arguye Farinacio, diziendo: *Quod licet electio nō esset restricta ad tempus mortis, tamen restitutio hæreditatis fuit expresse coarctata ad dictum tempus, & sic si non electio saltem effectus electionis fuit collatus in tempore mortis, quo casu licet hæres elegerit in vita, tamen eius electio non est sortita effectum, nec potuit dici electio quousque potuit retractari*. eleganter Iacobus Cancer. (omnino vidēdus) lib.3. variar.c.7. ex n.373. vsq; ad num.378. donde dize que ex eo que los padres capitularon en el matrimonio de los hijos heredar al vno dellos conforme a la costumbre de Cataluña, siendo esto cosa que se suele hazer tempore mortis, es visto competer y estar conferida la facultad para el dicho tiempo, Aluar. Valasc. d. cōsult. 102. sub nu.16. & 17. & melius sub num.33. optime Cald. Pereir. d.3.p. de potest. elig. cap.2.n.39. & cap.3. n.20. & 24. vbi inquit: *Nullā prorsus esse constituendā differentiam inter nominandi facultatem concessam ante mortē, vel cum morietur vtraque enim specie, quia mortis mentio facta est, videtur variandi concessa facultas*: & idem inquit agnoscere Anton. Gom. in l.40. Tau. post num.50. & in grauato, seu habente facultatem nominandi, vt nominatus habeat post mortem (que es nuestro caso) erudite comprobat Peralt. in d.l. vnum ex familia, n.3. ff. de legat.2. per textum in l. vxoré, §. Scæbola, ff. de legat.3. in illis verbis: *post mortem vtique creditur datum*: y concluye, q̄ en la facultad de nombrar son iguales, y obran vn mismo efecto todos estos casos, *cum volueris, quandocumque volueris, post mortem tuam vel cum morieris*, & ex pluribus id cōfirmat, idem docet Bart. in l. centesimis, §. fin. n.1. & 3. ff. de verbor. oblig. Petrus Surd. d. cons.264. sub num.24.

25 ¶ El segundo caso de la distinciō propuesta es el cōtrouertido, nempé quando se dá la facultad simpliciter, seu ita vt tam in vita, quam in morte electio fieri possit.

26 ¶ Et in hoc casu iterum subdistinguitur inter facultatem quæ competit ex cōtractu, aut eam quæ competit ex vltima voluntate: si nace de contrato, poterit electio variari; pero si nace de vltima voluntad, y està executada la eleccion por cōtrato perfecto non admittitur variatio, secus autem quando el nombramiento se haze por acto aliás reuocable, y esta es resolucion y distincion comun de todos los autores referidos.

27 ¶ Replican contra esto los abogados contrarios

en su informacion principal, art. 2. num. 17. y pretenden dar respuesta a la l. eum qui certarum, §. fin. ff. de verborum obligationibus, y alegan a los adicionadores del señor Molina d. lib. 2. cap. 4. n. 35.

28 ¶ Però la replica es sin fundamento, y cõtra la verdadera y comun opinion, como se reconoce en el mismo lugar q̃ alegan en las palabras q̃ inmediatamẽte se siguen a las que estan trasladadas en la informacion contraria, sic enim prosequitur additio d. nu. 35. *Cæterum ab authoris sententia in praxi non est recedendum*: Et paulò inferiús, ibi: *Ego sanè in eadẽ sum opinione præcipué re integra*. De que resulta que la opiniõ que en esto tuuo Flor. de Men. vbi supra, ex numer. 11. vsque ad 15. es singular y reprobada, & contra veram & communem omnium sentẽtiam, & receptissimam praxim, de qua omnes præallegati DD. testantur.

29 ¶ Nuestro caso està libre de esta disputa: porque el primero fundamento, de quo in num. procede indistintamente in quacumque dispositione; siué contractus, siué vltimæ voluntatis, y es sin contrauersia alguna, como lo reconoce Flores de Mena, que es el autor que impugnó la opinion comun en el segundo caso de la distincion referida, vt proximé superiús diximus, donde auiendo propuesto la duda sobre la diferencia inter electionem prouenientem ex contractu, vel ex vltima voluntate, y afirmado que no halla razon en que pueda fundarse, y ponderado los textos in l. apud aufidium, ff. de optione legata, & in l. si stipulatus sim stichum, aut Pamphilum, ff. de verborum obligationibus, y respondido a la d. l. eum qui certarum, §. fin. hasta el num. 15. prosigue en el num. 16. limitando esta opinion en el caso de nuestro primero fundamento, videlicet, quãdo el efecto del nombramiento y eleccion està conferido post mortem nominantis.

39 ¶ Tambien es cosa llana, & extra omnẽ controuersiam, que como quiera que competa el derecho de eligir, o por contracto, o testamento, siempre se puede variar, si la eleccion se haze por aliàs reuocable, tradit D. Molin. d. cap. 4. num. 36. vers. *si vero electio*. Et vers. *Si in vltima voluntate*, Flores de Mena, d. q. 22. à num. 6. vsque ad 9. donde resuelue que el acto de nombrar o elegir es extrajudicial, & de per se non habet nomen, nec substantiam contractus, sed naturã adsumit illius contractus cui adheret, & propterea si la disposicion in qua fit electio es reuocable, electio quoque reuocabilis erit, & iterum num. 15. in fine, vbi inquit: *Quod siue electio competat ex contractu, siué ex vltima voluntate, vt inuariabilis*

maneat

maneat necessarium est, quod fiat per viam cōtractus irreuocabilis, & cum ea remaneat dispositio absoluta, & perfecta, idem Flores in additionibus ad Gamam, decis.173. circa medium, versic. *resolutio est*, D. Castill. tom.5. cap.80. n.18. vers. *Si vero electio, aut nominandi facultas.*

31 ¶ Que fuesse reuocable la escritura de doze de Setiēbre de 616. en que don Iuan Alonso funda el derecho de su nombramiento, no es cosa que puede recibir duda, por muchas razones precisas y concluyentes.

32 ¶ La primera, porque el memorial a que se refirio el Obispo en la escritura de la fundacion del Monte de piedad (cōforme al tenor de las clausulas della referidas n.) se ha de juzgar como si estuuiera incorporado en la misma escritura, y como parte della, y de la misma manera q̄ si ambas cosas, memorial y escritura estuuiessen en vn solo contexto, argu. tex. ad hoc singularis in l. Gallus, §. ille casus, ff. de lib. & posth. ibi: *Iuliano tamē videtur duobus quasi capitibus legis cōmixtis, in hoc quoq; inducere legē*, Alex. cons.35. nu.8. lib.4. & post eū Tusch. lib.6. litera R. concl.129. n.2. eleganter Bald. cōs.212. incipit *ea quæ*, lib.5. Casanat. cōs.47. n.68. ad fi. Moli. de pact. nupt. lib.3. q.24. nu.295. & 296. Dom. Cast. lib.4. c. 43. n.8. & n.12. ad finem, rursus idem Bald. cons.440. nu.6. vol.5. & in l. ex placito, numer.6. vers. *duodecimo*, C. de rerum permutat. subiiciens: *quod primum pactum est principium radicale, & actus consecutiui regulantur à primis causis*, Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.2. tit.3. num.7. Mier. tom.1. p.3. q.44. num.27. ibi: *Ex quibus infertur, quod si pater faciat maioratum per aliquam scripturam, ad cuius declarationem, & suppletionem alias posteà facit scripturas omnes subordinantur à prima, neque ex eo mutari origo, & fundamentum primæ scripturæ, & illius vigor nomen effectus, & substantia, & non sunt duo actus de per se, sed vnum vel duo subordinati, quorum posterior est executio prioris, quia vbi est vnum propter alterum, vel duo propter vnum, vtrobique est vnum tantum, l. cum seruus, & Ibi Paul. & Immol. ff. de condit. & demonstrat. &c.*

33 ¶ Y con este presupuesto, auiendose de considerar la clausula del dicho memorial (de qua supra num.) como si estuuiesse incorporada en la escritura principal, en que está la otra clausula que contiene la facultad dada a los Patronos, referida num. necessariamente resulta auer dado el Obispo la dicha facultad, con calidad y reserua expressa, de que el Patrono (como lo dize la clausula) *pudiesse alterar, anteponer, y posponer, &c.*

34 ¶ La segunda, porq̄ el memorial en que está inserta

la

la dicha clausula de poder reuocar, y la misma clausula se refiere indistintamente a la escritura de la fundacion principal, adonde està el nombramiento de Patronos, y la facultad que se les dio para hazer la escritura de Patronazgo, y tambien la clausula de la escritura principal en que està la facultad para el nombramiento de Patronos, quam transcripsimus num. se refiere especificamente al memorial, vt patet in finalibus verbis, ibi: *Y lo que cerca dello declaramos en el dicho memorial:* por manera que la relacion es reciproca, y repetida de vna escritura a otra, y siendo tal la virtud relatiua, quod relatum omnimodo, & cum pluribus suis qualitatibus debeat esse in referente, ex vulgari textu in l. asse toto, ff. de hæred. Inst. l. à filio 25. §. testator, ff. de alim. & cib. leg. cum similibus, de quibus latè Tiraq. post leges connub. gloss. 7. num. 182. & sequentibus, Pereg. cons. 16. numer. 10. vol. 2. Casanat. d. cons. 47. num. 68. Dom. Cast. lib. 43. nu. 9. & seqq. & per totum, precisa cosa es que la facultad de alterar se aya de entender no solo en lo tocante al orden de las obras pias, sino tambien en los nombramientos de Patronos: porque la repeticion de la reuocabilidad ex vi relationis, se induze en todo lo que ambas escrituras contienen, ex optimé traditis à Peregrin. de fideicommiss. art. 16. num. 49. vers. *Credo sic resolui posse*, iuncta quæstione superius proposita, num. 48. Marc. Anton. Nat. cons. 476. num. 4. vers. *Sed testator*, Stephan. Gratia. (qui pulchré loquitur) 3. p. discept. for. cap. 571. à num. 24. & seqq. maximé n. 30. & 31.

35 ¶ La tercera, porque en la fundacion y conseruaciō de vn patronazgo concurren necessariamente todas estas cosas, la sustancia y forma de la disposicion, los bienes o rētas de que se haze, los efectos en que se han de distribuir, el nombramiento de Patron para la administracion y gouierno, y esto vltimo, nempe que aya Patron nombrado es calidad inseparable del Patronato, sin la qual no es entera ni perfecta la fundacion del. Auiendo pues el Obispo dado facultad, por la clausula referida del memorial a los Patronos para alterar la forma y la sustancia de la fundacion que dexaua hecha, no puede negarse que en esta facultad se comprehendio tambien lo que tocaua a los nombramientos de Patronos, como cosa necessaria para la disposicion principal, pues aunque solo fuera acessoria, y dependiente della, no era necessario que se expressasse para que quedasse comprehendida, quia accessorium cū principali dicitur esse quid indiuiduū, Bart. in l. Græcæ, §. illud, num. 4. ff. de fideiussoribus, pulchré Craueta cons. 149. num 8. donde dize: *Quod non potest*

potest reddi ratio diuersitatis, quare relatio expressa ad principale fieri quoque non debeat ad accessorium non expressum, cum satis expressum dicatur, quod sequitur vel pendet ab eo, quod vere expressum fuit. idem Crauet. vbi sup. nu. 11. Bald. in l. vnic. col. vlt. C. de his qui ante apertas tabulas, Menoch. præsumpt. 110. n. 42. cum duobus seqq. lib. 4. Farin. in fragment. criminal. p. 1. n. 225. & alijs seqq.

36 ¶ La quarta, porque si el Obispo dio facultad para lo mas importante y dificultoso, que era reformar las obras pias, que el mismo con tanto acuerdo auia distribuydo, no es de creer que auia de limitar esta facultad en lo menos graue y dificultoso, que era reformar el nombramiento de patronos, in qualibet enim dispositione ex mente disponẽtis, semper veniunt ea, quæ sunt minora, expressis á maioritate rationis, vt per Farin. vbi supra proximé nu. 71. vbi de communi testatur.

37 ¶ La quinta, porque la extension de la facultad dada para reformar el patronato en la substancia, al nombramiento de patronos naturaliter venit ex necessitate actus, & in eius consequentiam, y assi no fue necessaria expression especial, quoniam ea, quæ non sunt determinata formaliter determinantur, naturaliter ab interiori essentia ocurrentis actus, l. si stipulatus, ibi: *Ob defuncti voluntatem, & ipsius rei naturam*, ff. de verborum obligat. l. ex empto, ibi: *Quod si nihil conuenit ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate*, ff. de actionibus empti, l. quoties, ff. de operis libertorũ, l. si prius, §. placuit, ff. de aqua pluuia arcenda, l. interdum, §. pater familias, ff. de hæredibus instituend. Bald. cons. 330. n. 2. vol. 3. rationem adiiciens: *Namque quod naturaliter inest pro expresso haberi debet quasi natura ipsa loquente*, l. cum quid, ff. si certum petatur, l. triticum, ff. de verbor. obligat. y no puede considerarse cosa mas natural del acto de poder reformar vn patronato, que auiendose dado la facultad tan amplia para reformarlo en la substancia, deua de entẽderse la misma facultad en el nombramiento de patronos, que es calidad tan inherente a la substancia.

38 ¶ La sexta, porque (segun la intencion del Obispo que se percibe de todas las clausulas referidas) la facultad q̃ dio al Dean y Preposito para hazer la escritura y declaraciõ del patronazgo perpetuo, comprehendió todo aquello que el mismo Obispo pudiera hazer por su propria voluntad y autoridad en que entraua el nombramiento de los patronos: de lo qual resulta, que la facultad que dio en la clausula del memorial para poder alterar y mudar, ha de tener la

misma comprehension como cosa que miraua a la resolucion y enmienda de lo que ya estaua hecho (que fue lo que se cometio a los patronos) porque la misma naturaleza que tienen los efectos de qualquier acto ó disposicion en su forma ó principio han de tener los efectos contrarios en su resolucion ó diminucion, optimus text. in l. fin. §. fin. ff. de legat. 3. ibi: *Quo modo enim augetur, vbi amplius est in bonorum possessione, sic & vbi minus est reducitur.* Bald. in l. conuenticula, C. de Episcop. & Cleric. & iterum in l. cum mulier, tit. ff. solut. matrim. vbi subtiliter animaduertit: *Quod sicut se habet causa ad effectum in productione, sic se habet destructio causæ ad destructionem effectus, quia par est potentia contrariorum:* y si no puede negarse, que la facultad dada al principio a los patronos fue para todo; necessariamente se ha de confessar, q̃ la que se les dio para poder reformar y alterar lo hecho, y boluer a hazer de nueuo lo que les pareciesse conueniente, se estendio a lo mismo.

39 ¶ La septima, porque en la clausula referida supra num. de la escritura en que don Iuan Alonso funda su nombramiento, dize el Dean, que todo lo que ha de hazer y otorgar en la dicha escritura, ha de ser *con las cargas, e grauamenes, condiciones, declaraciones, e reseruaciones, conforme, y en la manera que en la dicha escritura van expressadas.* Et inferius ibi: *E de la forma y manera que dicha es, con las dichas condici ones, è declaraciones, y con las demas que esta escritura contuuiere, &c.* y vna de las condiciones es la que pone en la clausula final della, que comiença, *y con lo susodicho,* quàm retulimus num. adõde hizo la reserua de poder reuocar y alterar por todos los dias de su vida.

40 ¶ De lo qual resulta, que el nombramiento q̃ contiene la dicha escritura fue condicional, por auerse hecho cõ las palabras referidas que hazen expressa condicion, ibi: *Cõ las cargas, e grauamenes, condiciones, &c.* optimus text. in l. si testamentum 8. C. de instit. & substit. y siendo condicional, y vna de las condiciones la de poder alterar y mudar eo ipso, que esta condicion se quite y falte, cessa, y se resuelue el nombramiento, y es lo mismo que si no se huuiesse hecho, quia quælibet dispositio conditionalis habetur pro non facta deficiente conditione, l. qui hæredi, §. Plautius, vbi Bart. & Socin ff. de condit. & demonstr. Socin. iun. cons. 4. num. 16. lib. 2. Cephal. cons. 455. num. 26. lib. 4. Vincent. Honded. cons. 78. num. 26. Peregr. de fideicom art. 43. n. 16.

41 ¶ Vnde, necessariamente ha de allanarse la parte contraria a vna de dos cosas. O a que este nombramiento sea

sea condicional sub facultate reuocandi. O a que no queriẽdo estar a la condicion cesse el nombramiento, nominatio enim, aut electio facta sub prædicta conditione, sub contraria, aut repugnanti videtur non facta, sicuti alias dicimus, quod sub conditione datum sub contraria conditione censetur non datur vel ademptum, l. aliquando, ff. de condit. & demonstrat. l. quod purè, ff. quando dies legat. cedat. Carol. Ruin. cons. 270. n. 5. vol. 3. Osasc. decis. 166. n. 4.

42 ¶ La octaua, porque aunque el nombramiẽto no huuiesse sido condicional, quedò por lo menos reuocable en virtud de la facultad reseruada en la misma escritura, aũque aliàs el acto fuesse irreuocable, non facta prædicta reseruatione, vt in simili casu contractus irreuocabilis probatur ex l. 17. Taur. ibi: *Si no reseruare el que lo hizo en el mismo cõtrato el poder para lo reuocar.* Et in l. 44. ibi: *O que al tiempo que lo fizo el que lo instituyò, reseruasse en la misma escritura que fizo del dicho mayorazgo el poder para lo reuocar, que en estos casos mãdamos que despues de fecho lo pueda reuocar,* & vtrobique tradũt Scribentes.

43 ¶ La nouena, porque don Iuan Alonso nũca acepto la escritura del nombramiento en que oy se funda, y el Dean la reuocó antes de auerse aceptado, lo qual solo basta para la reuocabilidad, porque aunque el punto es controuertido, la mas verdadera y comun opinion, y la que mas se practica es, que la escritura no aceptada pueda reuocarse, etiam si alias ex natura sua esset irreuocabilis, vt constanter defendunt dominus Molin. lib. 4. cap. 2. ex num. 60. cũ seqq. & ex copiosa allegatione Pater Thom. Sanch. de matrim. lib. 1. disput. 6. num. 19. Auendañ. in l. 44. Taur. glos. 9. num. 17. & seqq. Ioan. Gut. lib. 3. pract. q. 96. num. 6. & latius cons. 41. n. 4. Mier. (plures adducens). 1. p. q. 36. ex nu. 4. cum seqq. & innumeros congerit Dom. Castill. lib. 4. controu. c. 37. n. 39. vers. *Deinde conceptis.*

44 ¶ Y en terminos de eleccion y nominacion hecha en fauor de ausente que se pueda reuocar ante ipsius acceptationem, resoluunt Cald. Pereir. de nominat. emphit. lib. 3. cap. 5. num. 6. & seqq. Surd. cons. 264. num. 35. volum. 2. el qual dize, que el no poderse variar la eleccion procede quãdo por ella se adquiere derecho al electo; pero quando no se le adquiere derecho es licita la variacion; idem Surd. decis. 325. num. 4. Dom. Castill. tom. 5. cap. 80. præcipuè ex num. 12. Peralt. in l. neminem, ff. de legat. 2. num. 1. & melius in l. vnum ex familia, §. si de falcidia, eodem tit. n. 8. col. 2. Dom. noster Præses D. Ioan. Baptist. Valençuela, cons. 63. ex nu. nonum. seqq.

Y no

45 ¶ Y no obsta replicar, que en estos casos basta la ciencia para induzirse aceptacion, y que la ciencia se presume en el coniuncto, & ex ea præsumitur etiam acceptatio.

46 ¶ Porque se responde, que este fundamento es poco prouable, pero quando lo fuesse, no procede con sola la calidad de que la persona sea conjunta, sino concurriendo con ella la comunicacion y cohabitacion con el donante, y tambien el transcurso del tiempo, y faltando estas circunstancias, non sufficit sola coniunctio sanguinis ad inducendam scientiam, nec præsumptam acceptationem: lo qual se prueua formalmente por las mismas doctrinas alegadas por los Abogados contrarios para el dicho fundamento artic.2.num.15. optimé Stephan. Gratian. discept. forens. tom. 2.cap.362.ex num.8.cum alijs seqq. dōde entiende esta presuncion, *accedente cohabitatione, & continua conuersatione*, ex doctrinis quas allegat pulchré Nicol. Anton. Gizarel. decis. 53. per totam, donde propone y disputa la question pro vtraque parte, ex copiosa allegatione, & ex pluribus fundamentis. Y en el num.17. resuelue, que la opinion que omite la presuncion ciencia y aceptacion ex sanguinis coniūctione, procede *extante cohabitatione, & temporis diuturnitate, & non alias*. Y en el num.22. concluye auerse juzgado asi in Sacro Consilio Neapolitano in donatione facta per quandā Portiam eius nepotibus absentibus, cum ipsa tamen cohabitantibus, & viuētibus in eadem domo. Y estrañamos mucho, que hablando los Autores con esta distincion, y ponderando si concurren ó no concurren las dichas circunstancias, para seguir la vna opinion ó la otra, aleguen los Abogados contrarios indistintamente las mismas doctrinas que los conuencen, y omitan las que hazen mas claro el punto: y aplicandose a nuestros terminos, quedan mas conuencidos, pues no ay mas razon ni circunstancia que el parentesco de vn sobrino, y esse no solo sin cohabitacion, ni comunicacion, pero con ausencia continua de mas de ochenta leguas, conque se excluyen todas las presunciones de la ciencia.

47 ¶ Contra esto haze la parte contraria algunas replicas que se coligen de todo el discurso de su informacion.

48 ¶ La primera, que la reserua de poder reuocar y alterar obra el efecto referido, quando la haze el mismo dueño de los bienes disponiendo dellos; pero no quando la haze el mandatario ó comissario que cumple voluntad agena, porque eo ipso que la executa, no queda con facultad

de

de poder reuocar, ni tampoco puede reseruala.

49 ¶ Sed facile respondetur. Lo primero, q̃ el Obispo dio expressamente esta facultad a los Patronos, vt patet ex clausula superius relata, numer. Lo segundo, que por la naturaleça de la sugeta materia es legal la facultad de variar en estos nombramientos, concurriendo las circunstancias que ay en este caso, vt laté ex superioribus fundamẽtis probatum est, y pudiendose variar, consiguientemente se puede reseruar la facultad de hazerlo. Lo tercero, que estando en vna misma escritura el nombramiento en que se funda don Iuan Alonso, que la reserua de poderlo reuocar, y siẽdo indiuidua la sustancia y el efecto de la escritura, l. quidam, ff. de pecul. eleganter Bald. in l. contractus, n. 25. C. de fide instrumẽt. no percebimos como puede aprouecharse de vna parte de la escritura, que es el nombramiento, y reprobar otra parte, que es la clausula de la reserua, contra rationem textus in l. Titiæ, ff. de condit. & demõstr. & in l. 43. ff. de hæred. inst. ibi: *quoniam inuicem sibi obstant*, y porque quien produze vn instrumento, y se funda en el, se sugeta a todo lo q̃ contiene, y a que la otra parte pueda valerse de lo fauarable, aunque la presentaciõ aya sido limitada, y con qualesquier protestaciones, Bald. & Bolognin. in l. vnic. C. vt quæ desunt aduocatis, Osasc. decis. 39. num 26. Roman. cons. 433. nu. 11. Stephan. Grat. dec. 134. num. 10. Petrus Surd. cons. 433. n. 29. optime Paris. cons. 125. n. 21. vsque ad 24. vol. 1. Tiber. Detia. cons. 20. n. 8. & 9. vol. 2. Tusch. tom. 2. conclus. 872. nu. 4. ibi: *Extende vt procedat etiam si in productione dixerit, quod in parte, & partibus tantum producebat, quia nihil releuat, si pars aduersa non acquiescit protestationi, & dicitur non acquiescere, si vti vellit productio instrumento pro se*, Franc. Viuius, decis. 370. lib. 2. n. 3 vbi inquit sic pluries iudicatum.

50 ¶ La segunda replica es, que siendo el Dean Comissario nõbrado por el fundador, para hazer la fundacion y nombramiento juntamẽte con el Preposito, no pudo hazer la dicha reserua, ex l. 35. Tau. & ex alijs rationibus, & doctrinis in eius specie ab aduersa parte adductis.

51 ¶ A lo qual se responde, que la decision de la l. 35. de Toro, y las doctrinas que en ella se fundan proceden en el caso especial de los Comissarios de testamentos, por raçones y conclusiones que procedian tambien de derecho comun. La primera, quia cum facultas commissarij competat ex testamento secum trahit executionem, & ideò nõ potest variari, l. vnum ex familia, in prin. & §. rogo, ff. de lega. 2. l. serui electione, ff. de legat. 1. quam rationẽ traddunt Casti.

Pala c.Rub.& Gom.Arias in d.l.35. La ſegunda,quia commiſſarius alieno nomine teſtatur, quare vt delegatus habetur qui functus eſt officio ſuo, l.ſi vt proponis, C. quomod. & quando iudex: ita Anton.Gom. in d.l.35. quem ſequitur Tell.ibid.n.1.La tercera y mas principal,quia teſtamentum fit perfectum ex diſpoſitione commiſſarij, & morte commitentis cõfirmatum eſt,immutabiliter vnde amplius mutari non poteſt,Tell.Ferd.d.nu.1: & prædictas rationes refert & ſequitur Matienç.in l.8.tit.4.lib.5.recop.gloſ.1.n.1.

52 ¶ Ex quibus apparet, que eſta deciſion no es aplicable a nueſtro caſo; cui non conueniunt rationes prædictæ, porque ſon muy diuerſas las que ay en el, vt ex ſe patet, & ex omnibus ſuperioribus fundamentis.

53 ¶ Y las doctrinas que contra eſto alegan los abogados contrarios en ſu informacion,art.2.n.7.no ſon a oropoſito,porque Tiraquel.hablò generalmente en la materia de la l.Boues,§.hoc ſermone,limitandola,vt procedat in diſpoſitionibus inter viuos,non vero in teſtamentarijs,y eſta doctrina no ſe ajuſta a la l.35.de Toro, ni tampoco a la concluſion del fundamento contrario, y mucho menos a nueſtro caſo, y Eſpino,Azeued. y Mieres hablan expreſſamente en Comiſſario de teſtamento: y aun en eſte caſo entendio ingenioſamente Mier.la dicha l.35.de Toro, quando el teſtador dio la facultad ſimpliciter al Comiſſario,pero no quãdo la dio para que pudieſſe nombrar vſque ad mortem, vel cũ mentione mortis (que es nueſtro caſo) ex his quæ ſuperius diximus num. y concluye Mier. en el miſmo lugar que ex aduerſo ſe alega nempé,1.p.q.48.nu.18. que ſi la facultad tiene eſta calidad, poterit commiſſarius teſtamenti variare, his nempe notabilibus verbis: *Sed dubitatur vtrum ſi quis cõmiſsit executori,quod poſsit vſque ad mortem meliorare, vel facere maioratum in filium, an hoc caſu liceat executori ſemel facta electione, & nominatione variare intra tempus definitum per legem Taurinam,DD.hoc loco non tangunt de dictis legibus Taurinis, quia lex Taurina 35. loquitur vbicumque fuit per teſtatorem ſimpliciter data facultas faciendi executionem, non quando per teſtatorem datur commiſsio vſque ad mortem, quod regulariter fieri poteſt,licet enim teſtatoribus prorogare tempus datum executoribus ad exequendas vltimas voluntates,vt ſupra concluſione 9.& 10.& ideò videtur,quod variare,& eligere poteſt,cum iam ſemel elegerit, quando vt prædixi commiſsio fuit data vſque ad tempus mortis,vel tempore mortis,vt expreſſe probatur in l.vnum ex familia, in prin. ff.de leg.2.vbi grauatus reſtituere,vel eligere vſque ad mortem, poteſt variare ſemel electione facta,vel cõmiſsione,& ibi ad hoc notãt*

DD.

DD. communiter, ad idem est text. vbi etiam DD. in l. cum pater, §. à filia, ff. eodem tit. & conducit text. in l. post mortem, C. de fideicommissis.

54 ¶ La tercera replica es, que aunque el Preposito dio al Dean el poder que tenia, pero no se lo dio con facultad para que pudiesse hazer la reserua, ni pudo hazerla auiẽdo vsado vna vez del poder, y siendo acto hecho en nombre de los dos, el vno solo (etiam alio mortuo) no pudo hazer la reuocacion, ni reseruarla, ex adductis á Casanat. cõs. 37. á nu. 1. cum seqq.

55 ¶ A esto se responde. Lo primero, que el poder del Preposito no tuuo valor, y consiguientemente tampoco lo tuuo el nombramiento que en aquella escritura se hizo en don Iuan Alonso, ex inferius dicendis nu. con lo qual cessa totalmente la materia desta replica.

56 ¶ Lo segundo, que aunque el poder valiesse, si la facultad que tenian el Dean, y el Preposito (como arriba está fundado) era para poder nombrar y variar, essa misma facultad, y con la misma calidad residio en el Dean en virtud del poder, porque todo el que tenia el Preposito, esse cedió absolutamente y sin limitacion alguna en el Dean, y asi pudo el Dean hazer la reserua por si en virtud de su propria facultad, y por el Preposito en virtud del poder, por auer concurrido en el ambos derechos plenamente.

57 ¶ Lo tercero, que aunque en nombre del Preposito no pudiesse el Dean hazer la reserua por vsar de facultad agena; pero en quanto a la suya propria no auia esta duda; de que se sigue, que el acto de su parte quedó reuocable, porque el poder no pudo quitarle su propria facultad, y asi en este caso sucederia lo que en vn testamento otorgado por dos juntamente, que aunque queda irreuocable por la parte del que muere sin mudar la voluntad, pero el otro puede reuocar y mudar la suya como quisiere, vt ex decis. l. licet inter priuatos. C. de pact. & DD. traditionibus ibi, resoluit Roderic. Suar. ad l. quoniam in prioribus in declaratione l. Regni, limit. 5. num. 12. quem sequitur post alios plures Molin. lib. 4. cap. 2. num. 84. laté Dom. Castill. lib. 2. cap. 18. nu. 16. & num. 34. Mier. 1. par. tom. 1. quæst. 23. num. 5. & num. 8. & seqq. Molin. de pact. nupt. lib. 3. quæst. 6. á num. 8. & seqq. y en este caso seria diuerso el efecto, porque en el testamento comun el que sobreuiue solo puede reuocar su disposicion: pero aqui como la del Preposito no fue propria suya, ni de testamento, sino de vn acto cometido á ambos mientras viuiessen, y al vno solo muerto el otro, la reuocació pu-

do hazerse en todo libremente por el que sobreuiuiò, conforme a las palabras expressas de la clausula en que dio la facultad el Obispo.

58 ¶ Lo quarto, que el nombramiento del Preposito no pudo valer, ni ser irreuocable en su vida, no perseuerando el del Dean, porque auia de ser de ambos juntos; y auiendo el Preposito muerto, y el Dean reuocado despues, no pudo valer como nombramiento de ambos; porque faltó la voluntad del Dean, ni como nombramiento del Preposito, porque el solo viuiendo el Dean no pudo nombrar, y assi necessariamente deuenit ad casum, à quo incipere non potuit, & per consequens de ninguna manera pudo tener valor.

59 ¶ Lo quinto, que el cõsejo de Casanate es en muy diferentes terminos, porque en aquel caso Horatio, y Hortensia capitularon en fauor de los hijos comunes sobre la sucesion de los bienes de ambos, con reserua de poder alterar las capitulaciones: Crasso padre de Horatio, y Siluio padre de Hortẽsia, dudóse si mortuo Siluio, Crasso solo pudo vsar de la reserua, y Casanate defendio que no por diferentes razones, y la principal (quam proponit nu.8.) fue, porque como los bienes no eran del vn capitulante solo, sino de los dos, la reserua fue distributiua, vt quilibet circa ipsius bona alterare posset, non verò alius circa bona alterius prædefuncti: y nuestro caso es muy diuerso, porque los bienes no erã del Preposito, sino del Obispo que dio la facultad, demas q̃ aqui la ay expressa, para q̃ muerto el vn comissario, pudiesse el otro solo vsar della; y en el caso de Casanate no huuo semejante clausula, ni la reserua se hizo in solidum.

60 ¶ Lo quarto se replica por la parte contraria, que la facultad que dio el Obispo fue a los dos patronos juntos por los dias de sus vidas, y para que si el vno muriesse antes de otorgarse la escritura de patronazgo, el que quedasse viuo la pudiesse otorgar; y auiendo muerto el Preposito despues de estar otorgada la que contiene el nombramiẽto de don Iuan Alonso, dize, que no se verificó el caso de la clausula, para que el Dean soló pudiesse despues nombrar, porque la facultad que tuuo fue en caso que no estuuiesse hecha la escritura en vida del otro compatrono, pero no auiendose hecho: y para esto se buelue a repetir el consejo 37. de Casanate.

61 ¶ Pero se responde facilmente, que las palabras de la clausula ibi: *Y si el vno muriere antes de otorgarse la dicha escritura de patronazgo, el que quedare viuo la pueda otorgar*, se hã de

enten-

entender de escritura valida y perfecta, no de la que se hizo que no fue legitima, ni tuuo valor ex inferius dicendis, porq el nombramiento ó acto que no fue legitimo no consumiò la facultad, y fue lo mismo que no auerse hecho, pulchré, & omnino videndus Petr. Surd. cons. 3. ex nu. 9. vsque ad finé, copiosé, & in specie Tell. Fernand. in d. l. 35. Taur. nu. 2. vers. *Si verò nulliter.*

62 ¶ Lo segundo se responde, que tambien se han de entender las dichas palabras de escritura que quedasse acabada y consumada ex omni parte, y sin calidad, ni reserua (como la que se puso) para alterar, quitar, o añadir, o dispóner de nueuo, porque con esta reserua todauia quedò que hazer, y el acto no se juzga por hecho: vt eleganter inquit Iurisconsul. in l. cum ad Sylanianum, C. de his quibus vt indign. ibi: *Nihil enim actum esse creditur cum aliquid addendum superest.*

63 ¶ Lo tercero, que el Obispo dio el poder a ambos patronos juntos mientras viuiessen, y muerto el vno, al qué quedasse viuo in solidum, vt patet ibi: *Que para todo les damos a ambos juntos, y muriendo el vno, al que quedare viuo in solidum, todo nuestro poder cumplido bastante con libre e general administracion para la dicha fundacion de patronazgo, &c.* De que resulta, que auiendo sobreuiuido el Dean, y hallandose cō la dicha facultad plena, y no impedido con el nombramiento antes hecho, por auer sido nulo, y porque quando valiesse fue reuocable y variable, pudo muy bien el solo executar la facultad haziendo el nombramiento vltimo que hizo en doña Isabel.

64 ¶ Lo quarto y vltimo, que en esta misma clausula se añaden estas palabras: *A los quales dichos patronos, y a los q̄ despues dellos sucedieren les encargamos las conciencias, que en quā to les fuere possible procuren el bien y acrecentamiento, y la execucion deste Monte de piedad y obra pia, y lo que cerca dello declaramos en el dicho memorial.* Y concluyendo la clausula con esta relacion al memorial, adonde vna de las condiciones expressas fue la que està referida supra num. videlicet, *que pudiessē alterar y mudar, &c.* no puede negarse, q̄ en esta misma clausula està implicita ex vi relationis (vt superius probauimus) la facultad, para que sin embargo de la primera escritura y eleccion, ambos patronos juntos en su vida, ò el vltimo que quedasse, pudiessen hazer nueua escritura y nombramiento.

65 ¶ Todos los fundamentos que estan dichos son seguros y ciertos, confessando, sin perjuyzio de la verdad, el

G pre-

presupuesto de que la dicha escritura de 12. de Setiembre de 616. en que està el nombramiento de don Iuan Alonso tuuiesse valor: pero re vera no lo tiene, ni fue legitimo el dicho nombramiento; & per consequens estamos fuera de toda controuersia, quod vtique ex pluribus fundamentis ostenditur.

66 ¶ El primero, porque conforme a las reglas y preceptos legales, la facultad de elegir y nombrar es personalissima y deue executarse por la misma persona a quien està dada, vt in l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. l. vnum ex familia, §. rogo, l. cum pater, §. hæreditatem, ff. eodem tit. l. ex facto, §. si quis rogatus el 2. ff. ad Trebelian. l. si quis arbitratu, vbi Bart. & omnes, ff. de verborum obligationibus; quemadmodum es tambien personalissima la facultad de declarar, l. idem Pomponius 5. §. fin. ff. de reiuindicat. l. inter stipulantem 83. §. 1. ff. de verborum obligationib. y la facultad de arbitrar, vt probat Bald. in l. fin. C. de contrah. empt. & relati à D. Castill. lib. 5. controu. c. 87. n. 21.

67 ¶ De lo qual resulta, que el Preposito no pudo cometer, ni ceder por el poder la facultad que a el le tocaua, para declarar y nombrar patronos, por ser facultad incesible, cuyo exercicio y derecho no pudo transmitirse en otra persona alguna, cum sit declaratio animi, quæ requirit personalitatem, & propterea in arbitrium alterius committi non potest, ita docet Dom. Molin. lib. 2. cap. 4. nume. 62. & 63. y sus adicionadores dict. num. 63. para que la dicha facultad sea incesible, alegan por concordantes a Bart. Bald. Alex. Geminian. Petr. Surd. Cifuent. Gomez Arias, Antonio Gomez, Tello Fernandez, Castill. Palac. Rub. Matienç. Carol. Ruin. y Menoch. diziendo, que todos tienen y defiēden esta sentencia in commissarijs similem facultatem habentibus, Pater Molin. de iustitia & iure, disput. 592. numer. 14. in fin. los quales hablan en todas materias en que cōpeta la eleccion y facultad de nombrar, y muchos dellos en terminos de vinculo y mayorazgo (que es lo mismo que el patronato de que se trata) prout in eisdem terminis eamdem sententiam tenet Tiraquel. de primog. quæst. 65. & præsupponit Gregor. Lopez in l. 2. tit. 15. par. 2. glo. 13. verb. *en España*, versic. *Sed pone quod mater.* & ante ipsum præsupposuit Guido Pap. decis. 305. quem ipsi referunt & sequitur Peralt. in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, nu. 19. ff. de leg. 2. Aluarad. de coniectura ta mente defuncti, lib. 2. cap. 2. num. 19. Mier. 1. p. q. 48. num. 48. & magis in specie num. 49. vers. *Vnde etiā euenit, quod commissarius virtute talis commissionis à testatore cō-*

cessæ,

cessæ non potest eam in alium subdelegare, secundum Bal lum, &c. & in nominatione concessa ad succesionem emphyteosis, probat Costa de patruo & nepote, pagina 103. quem sequitur Ant. Gom. de contractibus, cap. 11. n. 7. & latè Cald. Pereir. de nominatione emphyteos. q. 7. n. 18. & per totam.

68 ¶ Y aunque esta resolucion suele limitarse, quando la eleccion compete ex iure proprio preambulo por el texto, in l. si stipulatus fuerim illud aut illud, ff. de verbor. oblig. con las demas dotrinas comunes y vulgares de la materia: pero esta limitacion no es aplicable a nuestro caso, porque la facultad que se dio por el Obispo a los Patronos no les dio derecho, ni le tuuieron, alomenos el Preposito para nõbrar iure proprio, sed nomine ipsius Episcopi commitentis.

69 ¶ Contra esto replican los abogados contrarios en el num. 25. de su informacion, d. art. 2. arguyendo con el mismo presupuesto, de que la facultad fue para eligir iure alieno, que por este mismo caso auiendo hecho el Comissario eleccion nula, no podrà tornar a eligir como pudiera, si la eleccion se hiziera iure proprio.

70 ¶ Pero el argumento es falaz, y con el mismo se cõuence mas la parte contraria, porque lo que se pretẽde probar con las dotrinas que en el dicho num. 25. se refieren, es, que el mismo Comissario que hizo la eleccion nulliter no pueda boluer a eligir, en que se presupone la nulidad de la primera eleccion, y esto mismo es lo que nosotros dezimos, nempe que siendo nulo el nombramiento hecho en nõbre del Preposito por virtud de su poder, necessariamente cessa el derecho de don Iuan Alonso, porque lo funda en solo aql nombramiẽto, & nihil ad rem que se dispute si pudo boluer a nombrar o no, pues murio sin hazello, y el Dean como vnico Patron en virtud de su propria facultad lo hizo despues legitimamente, como pudo, ex superiotibus fundamẽtis, & ex traditis á Tell. Fernand. in d. l. 35. Taur. n. 2. per totum, y porque la nulidad o vicio del nombramiento primero no nacio del, sino del Preposito, que no pudiendo ceder la facultad, la cedio.

71 ¶ Replican lo segundo en el num. 26. que por auer dado el Preposito el poder, o su cõpatrono, que fue el Deã, pudo sustentarse la cesion de la facultad.

72 ¶ Pero esta replica es menos ajustada que la primera. Tum; porque aunque pudiesse proceder en la materia general de elecciones, quæ fiunt à capitulis, conforme al capitulo quia propter, §. illud, de electione, y al cap. si quis iusto, in princ. eodem tit. lib. 6. (que son los textos que se alegã) pero

pero en nuestro caso no procede, por ser hecho especial de Comissarios y executores de voluntad agena, y cometida por el dueño de los bienes, quo casu la resolucion verdadera y comun es la que està dicha, y las dotrinas son indiuiduales y precisas. Túm etiam, porque en la eleccion q̃ se haze en capitulo, cada capitular tiene su voto por derecho proprio, & sic est diuersa ratio, para que pueda vsar del por procurador o substituto del mismo Cabildo. Túm & tertio, porq̃ aun en este caso no se puede subdelegar el voto sine iusta absentiæ, aut alterius impedimenti causa ea quæ iurata, vt expresse probat textus ab aduersa parte allegatus, in d. cap. quia propter, §. illud, de electione, & in dict. cap. si quis iusto impedimento detentus, eodem tit. in 6. Túm denique, porq̃ la dotrina que se alega del señor Molina, lib. 2. capit. 5. numero 51. & 52. no es para este punto, sino para diuersa question, y las demas dotrinas que se refieren d. n. 26. hablan en casos de diuersas circunstancias, y no son aplicables al nuestro.

73 ¶ El segundo fundamento principal es, porque conforme al tenor y palabras de las clausulas que arriba quedã referidas, en que el Obispo dio la facultad a los Patronos, no puede dudarse de que no fue cessible aunque fuesse entre ellos mismos, sino que quiso que viuiendo ambos concurriessen juntamente, atendiendo cada vno pro sua particulari persona, industria, & consciencia al mejor acierto y efecto del negocio q̃ les estaua cometido, maximé no auiendoseles señalado persona cierta, y auiẽdose cometido a su arbitrio y conciẽcia el eligirla, elegãter Bal. in l. nulli, n. 4. C. de Episc. & cler. idẽ Bald. in l. vnica, §. ne autẽ, n. 7. C. de caduc. toll. & cõs. 128. n. 1. vers. *Sed ad hoc respõdetur*, copios. Menoch. lib. 2. præsumpt. 21. per totã, dõde pondera la calidad y grauedad de la causa cometida, la direccion personal de las palabras, el encargarse la conciencia a los Comissarios, y otras conjecturas y circunstancias, que todas concurren en nuestro caso para q̃ sea incessible y personalissima la facultad: idem Menoch. de arbitrar. lib. 1. q. 68. ex numer. 11. cum alijs sequentibus, vbi easdem rationes expendit.

74 ¶ El tercero, porque aunque fuesse cessible la dicha facultad que tuuo el Preposito, y pudiesse cometerla al Deã (que no pudo, ex superioribus rationibus) auia de ser señalando persona cierta, alias no pudo tener valor ninguno la cession, o subdelegacion, como lo confiessan los abogados contrarios, alegando muchas doctrinas, art. 2. de su informacion, n. 21. & tradunt Bald. in d. l. nulli præallegato, nu. 4. ibi:

Quod

Quod verum credo, quod alteri non posit committere arbitrium, sed si committit aliquid certum, & à se prius declaratũ, credo quod hoc posit facere, quia non committit illi actum declaratiuum, sed actũ nudi ministerij, in quo non differt si fiat per se, vel per alium, & tradunt etiam omnes alij superius adducti.

75 ¶ Reconociendo la parte contraria esta dificultad pretende euadirla, diziendo dos cosas. La vna, que respeto del Obispo fue cierta la persona que se auia de nombrar, y que esta era don Iuan Alonso, y se valen de la carta que dizen escriuio el Obispo al Dean, su fecha en cinco de Febrero de 613. La segunda, que con este presupuesto el Preposito dio el poder para que fuesse nombrado el dicho don Iuã Alonso.

76 ¶ A lo qual se responde. Lo primero, que de todo lo que el Obispo hizo por escrituras, de ninguna manera cõsta, que expressa ni tacitamente señalasse para este nombramiento la persona de don Iuan Alonso, antes consta q̃ cometió a los patronos la facultad de nombrar con palabras absolutas, y no determinadas a ninguna persona, sino solo a su arbitrio, y como ellos quisiessen y viessen que conuenia, en que se presupone ser plenissima la facultad, y que pudieron vsar della, nombrando a quien quisiessen y les pareciesse mas conueniente. Bart. in extrauagãt. ad reprimend. verb. *videbitur*, num. 3. & in l. centesimis, §. fin. n. 8. ff. de verbor. oblig. ibi: *Tanta est virtus huius voluerit, vt posit quis facere voluntatem suam, etiam inique, dumtamen absit dolus.*

77 ¶ Lo segundo, que el Obispo nombró expressamẽte a don Iuan Alonso en dos patronatos en que quiso nombrarlo, que fueron el de Algete, y de Alcala, y como le nombró en estos, si quisiera lo mismo en el patronato del Monte de piedad sobre que es este pleyto le nombrara tambien: vndé no auiendolo nombrado, se presume contraria volũtad en esto, vt in l. vnica, §. sed vt plenius, C. de caduc. toll. c. inter corporalia, de traslatione Episcopi, c. ad audientiã, de decimis cum similibus.

78 ¶ Lo tercero, que la carta no està comprouada, ni se halló en poder del Dean, quien la ha presentado es dõ Iuan Alonso, sin que se sepa donde la hallò; pero quando fuesse cierta, no induze presuncion de que el Obispo queria que fuesse nombrado en este patronato, sino de que respeto de tenerle nombrado en los patronatos mas principales que son los de Alcala y Algete; por essa razon dezia, q̃ auia de quedar en lugar de su persona: y la misma carta muestra claramente este intento, porque la casa que mandaua adere

çar el Obispo era la de Alcala, para que alli la tuuiesse el patron como en Algete.

79 ¶ Lo quarto y vltimo, que auiendose desuanecido este principio, de que respeto del Obispo fue persona señalada don Iuan Alonso, cessa tambien, y se desuanece lo q̃ del se infiere, videlicet, que el Preposito cedio la facultad cõ este mismo intento, y que lo muestran assi las palabras del poder, en quanto dize que lo dà para la euasion de la voluntad del dicho Obispo, que al otorgante y al Dean les fue comunicada. Porque no se dize, que esta voluntad fuesse para nõbrar al dicho don Iuan Alonso, y porque estas palabras estan en la segunda parte del dicho poder, que miran a la facultad de albacea, como consta de la clausula referida nu. pero en la primera parte y clausula del mismo poder relata num. antecedenti, adõde cede y comete la facultad como patrono, y el nombrar patronos, dize: *Y assimismo pueda nombrar patrono ò patronos los que le pareciere.* Et inferius ibi: *E despues del que nombrare è sus descendientes, nombre otros los q̃ quisiere*; las quales son palabras que manifiestamente excluyen el concepto que se haze, de que el poder se daua con designacion ò determinacion tacita de la persona de don Iuan Alonso: pues no se compadece esto con la propriedad y comprehension legal que tienen las dichas palabras, vt superius est dictum.

ARTICVLO II.

Sobre el interin.

1 ¶ Ambas partes entramos en este articulo cõ vn mismo presupuesto, videlicet, que el interin y manutencion se ha de conceder al que tenia el vltimo estado de possession ante litem motam, vel tẽpore motæ litis, vt vltra Menoch. Couarr. Aluar. Valasc. Francisc. Milanes. Dom. Molin. Mieres, Matienç. alterum Molin. Rodrig. Ioann. Gutierr. Fontan. Cancer. Paz de tenut. & Ramon. (que son los autores q̃ juntan los Abogados contrarios en su informaciou, artic. 1. num. 1. & 2.) tradunt etiam idem Franc. Milan. decis. 3. num. 166. lib. 1. Mar. Mut. decis. 31. num. 16. & alijs seqq. Seraphin. Oliuar. decis. 299. num. 2. & decis. 1437. num. 1. Alex. Ludouis. decis. 438. num. 1. & decis. 404. nu. 2. Ioseph. Cum. in Rit. magn. Cur. Sicil. c. 38. num. 137. & 146. Farin. decis. 409. nu. 3. tom. 2. nouissimar. & decis. 704. num. 1. tom. 1. Cæsar Barc.

decis.Bonon.47.num.1.& 2.& num. 9. vbi plures alios refert Laurent.Syluan.consl.27.numer.1.& 2. Gerard. Mazol. consl.91.n.3.& num.17.Mart.in compil.digestorum, verbo, manutentio,cap.15.Salgado, ex copiosa allegat.de protect. Reg.p.3.c.12.à n.1.vsque ad 9.Ceuall. de cogn. per viā viol. p.2.q.29.Steph.Grat.discept.for.tom.1.cap.113. num.4.late Sess.de inhibit.c.6.§.1.ex n.40.cum seqq.

2 ¶ Dize dō Iuan Alonso, que a el le compete este remedio en virtud de la possesion judicial que tomò de algunos bienes de este patronazgo en 11.de Iulio de 633. auiēdo muerto el Dean en 7.de Diziembre del año antecedente de 132.fundandose en que esta possesion es manutenible, ex Rebuf. Paz & alijs qui referuntur in allegatione contraria, d.art.1.n.4.

3 ¶ Ex aduerso vero,pretende don Francisco deMoya q̄ el interin y manutenciō le cōpete a el en virtud de la possession que tenia tomada judicialmente desde 20. de Abril de 1624.en vida del Dean,y con su consentimiento, la qual possession conseruò y continuò despues de su muerte con muchos actos que hizo de legitimo y verdadero posseedor, antes que don Iuan Alonso pidiesse ni tomasse la possessiō que pretende.

4 ¶ No dudamos que la conclusion contraria(de qua d.n.4.)es verdadera, y que pudiera aprouechar a don Iuan Alonso para el remedio de manutēcion, si al tiempo que la tomò no huuiera otro posseedor (que es el caso en que proceden las dotrinas por su parte alegadas) lo que dezimos es, que no son aplicables al nuestro, en el qual la possession estaua antes preuenida y ocupada por don Francisco de Moya(como despues se fundarà) & per consequens està possession es la manutenible,y no la posterior q̄ se tiene por clandestina,turbatiua,y viciosa,aunque estè dada por autoridad de Iuez,maximè auiendo sido(como fue)sin citacion ni conocimiento alguno de causa:ita Rot.per Farin. decis.129.n. 2.& tribus seqq. tom. 1. in decis.posth. vbi sic pluries decissum testatur:idē Farin.decis. 106.n.2. p.1. in nouissi. Parlad. lib.1.quoti.c.10.n.1.& 2.Marescot.var.lib.1.c.1. n.35. Tusch. litera P.concl.442.Menoch.de adipiscend.rem.4.n.565.

5 ¶ Reconociendo los abogados co ntrarios que esta distincion es verdadera, y que el fundame nto que della resulta es indubitable, niegan la possession de don Francisco deMoya,y comiençan desde la que tomò el año de 624.dādo quatro respuestas, para probar que no fue possession legitima.

La

6 ¶ La primera es en el num.6.donde dizen, que siendo el patronazgo de la muger, y auiendo sucedido en el por titulo particular de mayorazgo, y no de dote, no passa al marido, ni pudo hazer actos judiciales sine mandato vxoris: pero esta respuesta se conuence facilmente.

7 ¶ Lo primero, porque la question de que hablan los DD. alegados d.n. 6. (que son los que se alegan (con otros) en la adicion nouissima al señor Molin. lib.1. cap.24. n.32.) es si passa al marido el derecho de presentar por razõ de los bienes, cuya sucession se defiere a la muger iure maioratus vel patronatus, y aora no tratamos de esta question, sino de otra muy diuersa, nempe si el marido sobre estos bienes, o otros qualesquiera que pertenezcan a la muger, puede hazer actos judiciales, y pedir y tomar possession, y los dichos DD. no tocan ni resueluen esta question sino la primera.

8 ¶ Lo segundo, porque (omitiendo la disputa de la dicha question primera, por no auer en este caso presentaciones hechas por don Frãcisco de Moya en vida de su muger) y tratando solo de la segunda, que es la que nos toca, para resoluerla es necessario ver lo que estaua dispuesto por derecho comun, y lo que oy està determinado nueuamente por el de nuestro Reyno.

9 ¶ Por derecho comun se consideraron en el patrimonio de la muger casada tres generos de bienes, vnos dotales, otros parafrenales, y vltimamente los que la muger retiene en si vltra doté, sin entregarlos al marido. En los bienes del primero y segundo genero, cierta cosa es, quod maritus ex iure communi (secundum veriorem sententiam) est legitimus administrator, & procurator ad agendũ sine speciali vxoris mãdato: però en los del vltimo genero tãquam coniuncta persona agere potest cum cautione de rato. Ita (superiore distinctione præhabita) ex antiquiorum sententia, & adductis iuribus quæ de materia loquuntur, resoluit Salgad. de protect. Reg. p.4. c.8. n.272. copiose Montealegr. in sua praxi ciuil. lib.1. cap.5. à num.332. vsque ad 337. Ioan. Campeg. in tractatu de dote, p.1. q.9. num.1. in princip. vers. *Et pro notitia*, copiose Fontanell. de pact. nupt. tom. 2. claus. 6. gl.2. p.7. à num.6. vsque ad num.54. cum duobus seqq. dõde con la dicha distincion concuerdan los textos in l. maritus, C. de procurat. & in l. fin. C. de pact. conuent. ex quo cõuincitur Alex. Trentacinq. pro contraria parte allegatus, d. num.6. in fine, en quanto dixo indistintamente, que el marido in bonis parafrenalibus no se admite ad agendum sine mandato expresso, vel tacito vxoris.

Y aun-

10 ¶ Y aũque en los mismos terminos de derecho comun se requiere caucion de rato, para que el marido circa bona huius tertij generis sine mandato vxoris, tanquam cõiuncta persona agere possit: pero el defecto de la caucion deue oponerse ante litem contestatam, aliàs iudicium legitime sine cautione prosequi potest, textus est expressus in l. Pomponius, §. ratihabitionis, ff. de procurator. & concordat in nostra specie l. 10. titul. 5. part. 3. versic. *E dando este recado.*

11 ¶ De que resulta, que aun en estos terminos iuriscõmunis se desuanece el argumento contrario, porque aũque estuuiessemos en caso, que para la possession que tomò don Francisco de Moya, como marido y conjunta persona, fuesse al principio necessaria la dicha caucion; pero no auiẽdose pedido entonces, ni opuesto este defecto en todo el discurso de las alegaciones deste pleyto, la persona fue legitima, y el acto de la possession lo fue de la misma manera.

12 ¶ De derecho de nuestro Reyno cessa la question propuesta, porque conforme a las leyes de Toro y nueua recopilacion, el marido tiene adquisicion y derecho proprio en la mitad de los frutos de todos los bienes de la muger, aũque sean los del tercero genero, imó aunque sean de mayorazgo, patronato, encomienda, donadio del Rey, ò de otra qualquiera calidad ó derecho perteneciẽte a sola la muger, vt disponit l. 4. & l. 5. tit. 9. lib. 5. recop. in quibus legibus tradunt Scribentes, præcipué Matienç. in d. l. 5. glos. 5. nume. 2. & in l. 3. glos. 5. num. 3. & 4. y tambien està dispuesto por las leyes 55. y 57. de Toro, & in l. 2. tit. 3. lib. 5. recop. que las mugeres casadas no puedan parecer en juyzio, hazer contrato, ni quasi contrato en ningun genero de bienes sin licencia y autoridad del marido, de que resulta ser legitimo administrador, & (quod magis est) ser el solo la persona legitima para hazer los actos judiciales, y todo lo demas que sobre los dichos bienes y su administracion fuere necessario, y estar corregido en quanto a esto el derecho comũ por el de nuestro Reyno; vt fatentur omnes scribentes in prædictis legibus, maximé Matienç. in l. 1. glo. 2. num. 6. dict. tit. 3. lib. 5. recop. ibi: *Quia iure nostro Regio maritus administrat bona vxoris, propria, & non ipsa vxor, vt in l. 1. & per totum infra tit. 9.* & in casu consuetudinis Franciæ dicebat, Tiraquel. de legib. connubial. glos. 4. num. 2. in fin. copiosè & eruditè Barbos. in l. 1. par. 1. ex num. 27. cum aliquibus seqq. maximé num. 31. vers. *Cæterum nihilominus.* ff. solut. matrim. ibi: *Cæterum nihilominus est aduertendum, quod licet supra dicta vera videantur in terminis*

iuris communis, tamen quoad interpretationem legum Castellæ, de quibus agimus non bene videntur adaptari, nam ex mente prædictarum legum, colligitur quod mulier non potest contrahere sine licētia mariti, non solum in bonis dotalibus, sed etiam, neque in parafrenalibus, vel alijs bonis, quomodocunque ad vxorem pertinentibus, &c. Azeved. in prædicta l. 3. tit. 9. lib. 5. recop. num. 22. vers. *Hodie tamen de iure Regio.* Dom. Castill. controu. lib. 1. c. 4. n. 17. Girond. de priuileg. ex n. 768.

13 ¶ El punto de que se trata juzgamos que està libre de toda controuersia y disputa (aunque lo que està dicho no fuesse tā llano como es por derecho de nuestro Reyno) porque las questiones que mueuen los Doctores sobre si el marido puede en vnos ò en otros bienes hazer actos judiciales sine mandato vxoris, proceden en los casos en que se trata del derecho de los mismos bienes, y puede resultar alguna enagenaciō dellos, ò otro perjuyzio, vt in l. mariti, C. de fundo dotali, & propter hanc rationem ita resoluit Gam. decis. 182. donde habla in specie litis, super iure patronatus, vel iurisdictione, & alijs similibus causis, Mart. in cōpilatione decisionum, tom. 1. tit. seu verb. *citatio.* c. 93.

14 ¶ Pero es muy diuerso el acto de adquirir possessiō siuè sit iudicialiter, siuè extraiudicialiter, porque en este acto el derecho hizo capazes para adquirirla nomine alterius siuè absentis, siuè ignorantis, a las personas que aliàs prædicto nomine no eran capazes ni legitimos para hazer actos judiciales, vt in l. 1. §. adipiscimur cum alijs seqq. ff. de acquir. posses. l. per liberam 1. C. eodem tit. ibi: *Per liberam personam ignoranti acquiri possessionem, &c.* & ibi glos. verb. *per liberam adiiciens, quod procedit etiam si persona sit extranea, per text. in d. l. 1. & in l. 1. C. per quas personas nobis acquiritur, & in §. ex his instrumentum, eod. tit. & etiam siuè prædicta persona habeat mandatum, siuè non, dummodo nomine domini quærat, vel saltem tradēs hoc gestiat.* Y la razon es, porque el acto de adquirir possessiō para otro, siempre se juzga fauorable y vtil a la persona para quien se adquiere, vt inquit text. in l. 1. C. de acquir. posses. ibi: *Tam ratione vtilitatis quam iurisprudentiæ receptum est*, & ibi glos. verb. *vtilitatis.*

15 ¶ In specie, que por el marido etiam extra mandatum, se adquiera, y se retenga la possession de los bienes que pertenecen por sucession o legado a la muger ausente, como si ella la huuiesse tomado, y la cōseruasse por su propria persona, est singularis text. in l. si mulier 22. ff. quibus modis vsusfructus amittatur, por el qual texto tuuo esta conclusiō Bart. in l. qui iure familiaritatis, ff. de acquir. posses. n. 1. in fi.

encomendandola por notable,ibi: *Quod bene nota si ergo ad vxorem pertinet res, ipsa dicitur posidere, licet nunquam vadat, & posideat per virum*: y que esto proceda en bienes feudales, tradit optimé Henricus Boberius in suis singularibus, tit. possessio,& inuestitura,num.3.ibi: *Vxor dicitur posidere ministerio mariti,licet ipsa probetur nunquam iuisse, seu tenuisse feudum, sed duntaxat eius maritus, argumento ff. de adquir. possess. l. qui iure familiaritatis, & ita notatur ibi per Bart.* Arism. Tepat. variar.tom.2.tit.de adquir.possess.cap.25. vers. *vxor dicitur posidere.*

16 ¶ Lo qual se confirma mas,por la razon de ser el marido cõpañero y participe, saltim en la mitad de los frutos, vt superius dictum est,cõq̃ no puede negarse que es persona legitima para adquirir la possession, tam sibi, quã vxori, ex textu in l.communis seruus,ff.de adquir. poss. & ratione, & exemplo,glossæ in l.possessio,§.1.verbo, *habere*, in fi.eod. tit.quæ appro batur expresse in l.3.tit.30.part.3.in fine,& ibi tradit Greg.Lop.verbo, *mas aun el padre.*

17 ¶ Consequitur ergo ex omnibus superioribus, que está conuencida por muchos medios la primera respuesta que dan los abogados contrarios al fundamento de la dicha possession que tomò judicialmente don Francisco de Moya, como marido y conjunta persona de doña Ysabel Arias su muger,como sucessora y patrona nombrada en este vinculo y patronato sobre que se litiga.

18 ¶ La segunda respuesta que dan en el num.7.es dezir, que para el remedio de interin no puede aprouechar la dicha possession,por auerse tomado en vida del Dean, que era Patrono, y como tal posseyò hasta su muerte, y alegan el cons.97.de Ramon.

19 ¶ A lo qual dezimos. Lo primero, que por la reserua de vsufructo y clausula de constituto que contiene la escritura del nombramiento hecho en doña Ysabel Arias, se le transfiriò desde entonces la possession, l.quod meo, ff.de adquir.possess.cum mille doctrinis vulgatis,& per consequẽs pudo tomarla judicialmẽte en vida del Dean, y por su muerte es manutenible,aduersus consil. Ramon. est pulchra decisio Rotæ 408.per totam,apud Farin.tom.2.in posth.

20 ¶ Lo segundo,que el Dean por la escritura de nombramiento y vinculo que hizo en fauor de doña Ysabel y sus descendientes,aunque es verdad que reseruó en si el vsufructo y administració del patronato,pero cedio para desde luego lo que tocaua al vinculo y su renta,para que gozassen los nombrados en vida del mismo Dean, vt patet ex verbis

scrip-

scripturæ ; y asi en quanto à esto por lo menos es llano que no quedò el Dean con possession, y que esta passò y se tomó legitimamente, & per consequens cessa el argumẽto contrario de la l.3.§.ex contrario,ff.de adquir. poss.& l. duo insolidum,ff.de præcar. cum similibus, y tambien cessa el fundamento de Ramon.in præallegato cons.97.n.19.& 20.

21 ¶ Lo tercero,que aunque el efecto de la dicha possession estuuiesse suspendido hasta la muerte del Dean, & quod magis est,aunque se juzgasse por possession condicional quasi dies mortis ipsius nominantis fecisset conditionẽ, ex l.1.§.dies autem incertus,ff.de condit.& demonstrat. con todo obró efecto de possession legitima, no solo desde que el Dean murio,sino con retrotraccion al dia en que se tomò en virtud del dicho nombramiento, vt in l. qui absenti,§.si quis possessio,ff.de adquir.possess. & in specie manutentionis tradit Steph.Grat.discept.for.tom.1.c.113.n.20.

22 ¶ Lo quarto,que en el consejo 97. de Ramonio el caso fue muy diuerso,porque concurria el donatario con la muger del donante, por cuya muerte iure dotis ac spolij en fuerça del estatuto del Reyno de Aragon se continuò en ella la possession,y la conseruó en todos los actos sin auer vsado della con efecto el donatario, porque antes auia perdido la que tomò en vida del donante,y todas estas razones y otras que se refieren en el caso de aquel Consejo,concurrieron en fauor de la muger,y juntamente ser su derecho y titulo anterior y mas priuilegiado,y de causa onerosa, y auer hecho los actos de possession verdaderos sine contradictione ipsius donatarius vsque ad tempus mote litis, & ideò nihil mirum que la causa del interim se determinasse vltimamente en su fauor,aunque la sentencia de la primera instancia fue contraria.Todo lo qual sucede al cõtrario en nuestro caso, porque no estamos en terminos de aquel estatuto, ni otro semejante de que pueda aprouecharse don Iuan Alonso,ni es heredero ni sucessor en quien se continua la possessiõ del defuncto,ni tiene derecho,ni titulo priuilegiado, y el q̃ propone està reuocado,y le obsta defecto notorio en la justicia principal: y demas de todo esto no auia hecho auto ninguno de possession en vida del Dean,ni despues de su muerte, hasta q̃ la pidio judicialmente,auiendo passado mas años,y auiendo antes don Francisco de Moya continuado su possession,y vsado della en muchos actos bastantes para hazello verdadero posseedor, vt inferiús dicemus.

23 ¶ La tercera respuesta en el num.8.es, que aunque la dicha possession huuiesse sido legitima, no pudiera apro-

uechar

uechar, auiendo muerto la muger en vida del vltimo possedor, porque no se transmitió en su hijo, aunque sea sucessor en el vinculo, ex text. in l. cum hæredes, ff. de acquir. possess. cum alijs vulgat. doctr.

24 ¶ A esto dezimos, que la conclusion contraria tiene muchas limitaciones que se aplican a nuestro caso.

25 ¶ La primera es, auer sido el nombramiento no solo de doña Ysabel Arias, sino de sus hijos y descendientes, y auerse puesto la clausula de reserua de vsufructo, y de constituto en fauor de todos: con lo qual auiendo muerto la dicha doña Ysabel en vida del Dean, obrò la clausula en fauor de su hijo el mismo efecto de translacion de la possession.

26 ¶ La segunda, que la conclusion contraria procede quando no ay hecho de possession en nombre del sucessor, pero no quando le ay (como en este caso) por tantos actos como don Francisco de Moya ha hecho en nombre de su hijo despues que murieron su madre y el Dean, y antes q̃ don Iuan Alonso pidiesse la possession en que se funda: ita intelligit text. in d. l. cum hæredes, Parlad. rer. quotid. lib. 2. cap. 5. num. 1. donde auiendo referido las palabras del texto, dize: *Ad apprehendendam autem hanc possessionem cum bona vacantia sunt, & à nemine possidentur, nō iudicis authoritate opus habet hæres, sed suo potest iure, vti secundũ Bald. in l. fin. C. de edict. diu. Adr. toll. col. 1. & c.* optimè Corn. cons. 34. vol. 2. num. 16. vers. *Circa illud quæsitum.* Caualcan. decis. 36. num. 146. par. 2. Menoch. de adipiscend. possess. remed. 4. quæst. 56. nu. 458. & quæst. 57. num. 468. & remed. 6. in princip. nume. 4. & ex copiosa allegatione, Aluar. Valasc. consultat. 191. per totã, tom. 2.

27 ¶ La tercera, que en este patronato que está anexo a vinculo y mayorazgo la possession tomada en nombre de la primera sucessora, que fue doña Isabel Arias, ex veriori sententia passò en don Ioseph su hijo y sucessor sine noua aprehensione, vt ex pluribus Rottæ decisionibus & doctrinis cōcludit Nicol. Garc. de benef. 5. p. c. 5. n. 33. & alijs seqq. maximè ex n. 37. vsque ad 44. donde dize, que esto basta ad manutentionem obtinendam, vt in Rotta decissum fuit.

28 ¶ La quarta, que auiendo tomado esta possession al principio don Francisco de Moya, como marido y conjũta persona de su muger que viuia, y auiendo muerto, y quedado don Ioseph su hijo, que es legitimo patron, y está debaxo de su patria potestad, justamente pudo como padre continuar la misma possession, y la conseruó, aunque se mu

K dasse

dasse la causa della, como pudo mudarla ex nouo facto extrinsecus accedente, iusta text. in l. qui bona, §. fin. ff. de acquir. possess. l. cum nemo, C. eod. l. non solum, §. quod vulgo, ff. de vsucap. Achil. de Gras. decis. 4. de caus. possess. & propr. vbi de vera, & apud Rottam seruata opinione, testatur Iacob. Put. decis. 451. lib. 1.

29 ¶ Et in propria nostra specie, nempè, que la possession tomada por el marido como conjunta persona nomine vxoris ipsa mortua, se transmita y passe en el hijo sucessor, y se continue y conserue mediāte la persona del padre, sub cuius est potastate, etiam sine noua apprehensione, y q̄ esta possession sea manutenible en este remedio de interin, decissum fuit per Rottam apud Farinac. decis. 618. tom. 2. nouissimarum per totam, & decis. 146. tom. 2. in posth. ibi: *Domini censuerunt dandum esse mandatum de manutenendo domino Michaeli, de cuius possessione constat per publicum instrumentū constante matrimonio inter ipsum & Antoniam, quæ possessio fuit continuata, etiam post mortem vxoris superstite filio infante ratione legitimæ administrationis, & vsusfructus, l. cum oportet, C. de bonis quæ lib.* Atque inferius ibi: *Et consequenter Michaeli tanquā anteriori possessori debetur manutentio, non autem domino Archiepiscopo, cuius possessio posterior tanquam clandestina & turbatiua, non est manutenibilis, cap. licet causam, de probat. Rot. diuers. decis. 27. num. 7. part. 1. & decis. 19. num. 1. part. 2. & fuit sæpissimè decisum, & nouissimè in causa regiens. beneffic. 15. Nouem. præterit. coram. R. P. D. Dunoneto, debuit enim citati Michael, qui erat in possessione, quamuis alias vsusfructus finitus esset, Cres. decis. 7. de rest. spol. Gabr. cons. 88. n. 23. lib. 1.*

30 ¶ La quarta y vltima respuesta que dan en el num. 9. es, que la dicha possession que tomò don Francisco de Moya no le aprouecha para el remedio del interin, porque no es possession de tempore motæ litis, y alegan las doctrinas ordinarias.

31 ¶ A lo qual (omitiendo otros fundamentos) dezimos solamente dos.

32 ¶ El vno, que es engaño afirmar, que nuestra possession no es de tempore motæ litis, siendo como es cierto en el hecho, que desde que don Francisco de Moya tomó la possession como marido y conjunta persona, y desde q̄ auiēdo muerto su muger y tambien el Dean, començò a vsar de la dicha possession, como padre y legitimo administrador de don Ioseph su hijo no ha decaydo della, antes fue haziēdo y continuando todos los actos y cosas que se ofrecieron como verdadero posseedor: y estādo en este estado, mucho

tiem-

tiempo despues de la muerte del Dean entrò don Iuã Alonso pidiendo la possession, y la tomò judicialmente de hecho y sin citacion del dicho don Francisco de Moya que la tenia preuenida y ocupada. De que resulta que el estado de nuestra possession era ante motam litem, & de tempore motæ litis, y que la que tomò don Iuan Alonso en la forma referida no constituyò estado legitimo ni manutenible, ex rationibus & doctrinis superius relatis, & est ad id pulcher textus in l. nemo ambigit, C. de adquir. poss. donde se propone el mismo hecho de possession tomada iudicialiter, y cõtradicha por el interesado que antes posseia; y resuelue el texto, que esta vltima possession interpelada no constituye estado legitimo, ibi: *Interpellatione vero, & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore, teneat tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet, ac dubitet*, no era necessario mas fundamento que la decision deste texto para la determinacion del remedio del interin de que se trata, porque es cosa illegal y ridicula que la manutencion pretẽdida por la otra parte se funde solo en vn acto de possession judicial, que se tomó de hecho, y sin citaciõ del primero posseedor, y que luego se contradixo, y sobre ella està el pleyto pendiente, & per consequens es possession nula, o por lo menos està litigiosa, que basta para q̃ no pueda auer causado estado legitimo para la manutencion.

33 ¶ El segundo fundamẽto es, que por la dicha possession que tomo don Iuã Alonso (que està litigiosa, y fue turbatiua) no perdio don Francisco de Moya la suya, porque esta se presume continuada vel facto, con auer hecho luego su contradicion, vel etiam animo, q̃ basta, y esta possession, y el estado della con la circunstancia referida etiam ante motam litem, es legitima para la manutencion, vt pulchré animaduertit Capic. decis. 209. sub n. 1. & aliquibus sequẽtibus Ioan. Garc. de nobil. glos. 35. n. 49. Lancellot. de attẽtat. c. 4. limit. 1. n. 87. & 88. Cancer. var. tom. 3. d. c. 14. nu. 72. vbi inquit: *Quod non habet statum pro se tempore litis motæ, qui fecit actum ante motam litem, de quo aduersarius statim iudicialiter fuit conquestus*: & meliús c. 4. n. 95. eod. tom. 3. Gerard. Mazol. d. cons. 91. numer. 9. donde para el remedio y derecho de la manutencion aduierte: *Quod status possessionis, non solùm consideratur tẽpore motæ litis, sed á tẽpore ipsius turbationis*, Matth. de Afflict. decis. 395. n. 7. vers. *Hoc verum.*

34 ¶ Desde el num. 10. con los siguientes prosiguen los Abogados contrarios, pretendiendo responder a los actos

de possession que despues de muerto el Dean hizo dō Frā-
cisco de Moya en este vinculo y patronato, por si y como
padre y legitimo administrador de su hijo: y porque omitē
algunos de los dichos actos, y este es punto importante pa-
ra la manutencion, es necessario referir todos los que ay, y
ponderarlos con la breuedad posible, respondiendo junta-
mente a lo que contra ellos se opone.

35 ¶ El primero acto fue el de las presentaciones q̄ hizo
don Francisco de Moya despues de muerto el Dean en don
Ioseph Arias su hijo, y en el Licenciado Pedro Lopez Mar-
tinez Canonigo de Leon, a los quales en virtud de las di-
chas presentaciones se les hizo collacion, y canonica insti-
tucion, como consta de los testimonios en este pleyto pre-
sentados.

36 ¶ Contra esto haze diferentes oposiciones la par-
te contraria.

37 ¶ La primera, que el padre no puede hazer presenta
ciones en los patronazgos que pertenecen a su hijo, ni en-
trometerse en cosa q̄ toque a ellos, ex text. in cap. si annū 3.
§.fin. de iudic. lib. 6. & ex Gribell. dec. Dolan. 37. nu. 4. Lam-
bertin. & Roch. de Curt. in allegatione contraria adductis,
num. 11. & 12.

38 ¶ A esta oposicion se responde facilmente, que to-
das las doctrinas contrarias (vt ex ipsis patet) procedē quā-
do las presentaciones hechas por el padre se fundan en solo
el derecho de la patria potestad, quæ quidem potestas spiri-
tualibus non attenditur, pero no quādo se fundan en la le-
gitima administracion, y derecho proprio del vsufructo que
el padre tiene en los bienes aduenticios del hijo, el qual de-
recho se estiende tambien a los de patronazgo, y a todos
los demas de qualquiera calidad que sean, optimus textus
in l. cum nō solum fin. C. de bon. quæ lib. in princip. ibi: *Sed
habeat pater omnem licentiam, & actiones mouere, & ab alijs pul-
sari, vbi ad eum totum commodum aduenerit.* Et ita concludit in
specie Ioann. Delfinat. de iur. patronatus, nu. 104. quem re-
fert & sequitur Dom. Perez de Lara de Anniuers. lib. 2. c. 3.
num. 30. vers. *Præfertur etiam præsentato á filio familias præsen
tatus à patre*, Nicol. Garc. de benef. 5. p. c. 9. n. 22. & num. 209.
vers. *quando vero ius patronatus*, donde refiriendo a Delfinato,
y al señor Perez de Lara vbi supra proximé, y a Lambertin.
limita en este caso la opinion contraria, y despues en sus adi
ciones ad dict. cap. 9. à num. 198. vsque ad num. 202. se con-
firmó mas en esta limitacion, por las decisiones que vio de
la Rota, en conformidad della, ibi: *Et quamuis in vna Floren-*

tina

tina à iuris patronatus de Rocasolis.10. Marc.103. coram Lancell. sit dictum non obstare, quod non constat de mandato procuræ parētum, qui præsentauerunt nomine filiorum, nam de iure non erat necessarium mandatum, cum pater dicatur habere administrationem in bonis filiorum, Lambert.p.1.lib.2.art.17.q.4.n.12.nam in generali administratione venit præsentatio, vt in matre administratrice fuit resolutum in causa Forliuiens.iur.patronatus.28. Octub.1549. & 15.Mai.1600.coram eo, &c. atque inferius, ibi: *Et cum eo Rot.in d.Forliuiens.iur.patron. 15. Mai. 1600. coram Lancellot. vbi quod substinetur etiam præsentatio, quia facta à matre coniunctissima persona, Lambertin.1.p.lib.2.art.17.q.4. quod licet loquatur cum cautione de rato; hic tamen dubitari non potest quin rata fuerit præsentatio. Et in d.Florent.iur.patronat.de Rocasolis, corā eodem 11.Februar.1604.dicitur non applicari, quod in spiritualibus non attendatur patria potestas, quia non ratione patriæ potestatis patres admittuntur de iure ad præsentandum nomine filiorum, sed tanquam coniunctæ personæ, vel etiam ratione vdministrationis generalis, vt per Lambertin.1.decis.allegatum, &c.*

39 ¶ Y no puede dudarse en nuestro caso, que en la legitima administracion del padre, y derecho de vsufructo se comprehenda el vinculo y patronazgo de que se trata en todo lo que se considerare por frutos y emolumentos del, como son las presentaciones, ad text.in cap.quærelá, de elect. & in cap.consultationibus, de iur.patronat.& vtrobiq; scribentes Domin.Lar.de Anniuers.c.9.num.41.cum alijs, Nicol.Garc.de benefic.5.p.c.5.n.1. & 2. y como tambien lo es la renta del vinculo que el patrono ha de gozar, porque todo esto sin que en contrario aya prohibicion alguna de derecho pertenece al padre, ex textu in l. cum oportet, C. de bon.quæ liber.l.5.tit.17.par.4. Philip. Pasch. de virib. patr. potest.p.1.c.2.per totum; & in indiuiduo probatur ex decisionibus Rotæ, & doctrinis proximé superius adductis.

40 ¶ Vnde prouenit, que las dichas presentaciones hechas por el padre son actos de quasi possession legitima para la manutencion, vt de iure nostro Regio probat singularis textus in l. in fine, tit.30.part.3. ibi: *Que non tan solamente gana el fijo tal tenencia como esta, mas aun el padre, por razon del vsufructo que ha de auer en su vida en las ganancias a tales que el fijo haze, segun dize en el titulo del poderio que han los padres sobre los fijos,* y lo mismo fuera aunque estuuiessemos en caso que al padre no pertenecieste el derecho de vsufructo, prout alias in feudalibus dixerunt aliqui DD. relati à Paschal.d.c.2.nu.86. porque aun en estos casos por solo el derecho de la administracion y percepcion de las comidades,

que nō puede negarse al padre, qui habet filium in potestate, le confiessan todos el titulo de interes proprio, y la autoridad de legitimo administrador, Vincenc. de Franch. decis. 10. num. 8. & 9. & num. 10. tom. 1. Lofredus cons. 10. num. 19. y esto solo fuera bastante para el remedio de interin y manutencion, que compete ex officio iudicis, Rota apud Farin. decis. 445. num. 5. part. 2. in posth. ibi: *Et in omnem euentum negari non potest rei venditæ commoditatem, & detentionem penes Bartholomæum extitisse, in qua saltem ille veniret manutenendus, l. Aquilius, vbi Castrens. ff. de donat. Couarr. pract. quæst. c. 17. n. 5. ad finem, Alex. cons. 88. n. 22. lib. 5. Dec. cons. 302. nu. 7. & fuit dictum in Perusina releuationis indēnitatis 14. Iunij 1610. coram R. P. D. Pamphilio*, Pinell. de bon. mat. l. 1. 3. p. nu. 40. prope finem, vers. *Sed hoc indistinctè dictum*, Anton. Gom. in l. 45. Taur. n. 12. vers. *Vel potest dici*, Menoch. de recup. posses. rem. vlt. n. 2. Aluar. Valasc. (loquens de remedio regalis tuitiuæ) 1. p. consult. 79. n. 10. vers. *Sed quamuis.*

41 ¶ La segunda oposicion es, que por auer sido vna de las dichas dos presentaciones que hizo don Francisco de Moya en su propio hijo no pudo tener valor, & per consequēs por aquel nombramiento no puede considerarse legitima causa, ni acto de possesion, ex doctrinis ab aduersa parte adductis, n. 13. & 14.

42 ¶ La respuesta desta oposicion aunque toca en pūto controuertido, se funda por don Frācisco de Moya en la opinion mas verdadera y probable, assi para que el Patron se pueda nombrar a si mismo, como para que el padre pueda nombrar a su hijo, especialmente en caso como este, en que el padre por la legitima administracion (como està dicho) tiene por la ley poder y derecho de nombrar, y en q̄ el Patronato es Mōte de piedad, y para obras pias, y socorro de los deudos del Obispo fundador, y en que concurren dō Iuan Alonso, que està rico, y proueydo con los patronatos principales de Alcala, y Algete, y don Ioseph Arias de Moscoso, que siendo tambien sobrino ha menester gozar deste patronato para sustētar las obligaciones de su calidad, que todas son razones justas y precisas para sustentarse en el nōbramiento, ex iure æquitate Azeued. cons. 24. num. 12. & ex copiosa & pulchra disputatione, tocando todos los fundamētos y doctrinas indiuiduales del punto, resoluit in vtroq; casu Gabriel Aluarez de Velasco. omnino videndus, in tractatu de priuileg. pauperum, p. 2. q. 62. ex num. 6. cum seqq. maximé ex n. 16. vsque ad n. 28. adonde se hallará respuesta a las doctrinas cōtrarias, & in eadem specie præsentationis bene-

beneficij, q mediante poder pueda ser nombrado el mismo Patron, tenet Lapus allegat. 8. & cum Caputaquens. (qui testatur sic in Rota decisum fuisse, & quotidie seruari) & alijs etiam relatis Aloif. Ric. in prax. for. Ecclesiast. de iur. patron. decis. 197. in fin.

43 ¶ Lo tercero se opone, que el nombramiento que se hizo en el Liceciado Martinez no se aceptò ni tuuo efeto, antes auiendole nōbrado dō Iuan Alonso, aceptò su nombramiento, y se pretende valer del, y no estando efectuado el primero cō seis requisitos q̄ se poderan desde el n. 19. hasta el 29. no pudo causar estado legitimo de quasi possessiō.

44 ¶ No permite ya el deste discurso responder prolixamente à tantos requisitos, aunque pudieran darse respuestas concluyentes, baste dezir, que el fundamento contrario (vt patet ex doctrinis in eo allegatis) procede quādo la quasi possession y manutenciō pretende fundarse en solo el acto de auer nombrado y presentado vna ò mas vezes, pero no en casos como en el nuestro, en que ay possession judicial, y otros muchos actos diferentes demas de la presentaciō de los Capellanes, y en q la dicha presentacion no se pōdera tanto como acto de adquirir de nueuo la quasi possession, quanto como acto conque se fue continuando y conseruando la possession que estaua tomada, quo casu prædicta requisita non attenduntur, sed solum ad incoandā quasi possessionis acquisitionem, quando non adest alius possessionis actus. Y dezir, que el Licenciado Martinez no aceptò es incierto, pues es aceptacion clara auerle pedido y hecho la colacion de la Capellania con efeto en virtud del nombramiento.

45 ¶ El segundo acto de possession es el arrendamiento que hizo don Francisco de Moya de las casas del Monte de piedad, y paga de la pension hecha por el arrendador, en que se considera possession y aprehension legitima, glos. in l. qui vniuersas, §. quod per colonum, ff. de acquir. possess. ibi: *Si colonus mercedem hæredi soluerit*, vbi docent communiter scribentes, & refert ad id plures Mascard. de probat. concl. 1180. & 1181. Rebuf. in tract. de remed. possess. n. 97. Arism. Tepat. var. tit. de acquir. possess. cap. 14. concl. 2. Felin. in cap. cū Bertold. num. 25. vers. *Perceptio pensionis*. de re iud. Cardinal. Tusch. lit. P. conclus. 420. nume. 1. Y la doctrina que contra esto se alega en la informacion contraria num. 17. de Alex. Ludouis. decis. 6. num. 7. es en caso en que solo con el arrendamiento se pretende prouar la possession: y tambien quādo el arrendamiento se haze en perjuyzio de otro tercero:

de

de cuius vera possessione constat, vt patet ex verbis eiusdẽ decisionis: y nuestro caso es muy diuerso, porque ay otros muchos actos de possession, y consta que la parte contraria no la auia tomado, ni la tenia al tiempo del dicho arrendamiento.

46 ¶ El tercero acto es el nombramiento de Mayordomo para el Monte de piedad, y auer vsado el dicho Mayordomo, y recebido la redencion de vn censo, y cobrado las rentas, quod vtique legitimam & perfectam possessionẽ inducit ad text. in l. 3. §. Nerva filius. & in l. rem mouilem, & in l. penult. ff. de acquir. possess. Mascard. concl. 1187. Tusch. litera P. concl. 418. cum tribus seqq.

47 ¶ El quarto, auer distribuydo don Frãcisco de Moya, vsando del derecho y legitima administracion del patronazgo dos mil reales del Monte de piedad para niños expositos, que es vna de las limosnas y obras pias del, y auer dado poder para tomar cuentas, de todos los quales actos estan presentados testimonios en el pleyto, y no puede dudarse de que son actos de verdadera possession.

48 ¶ Ex omnibus superioribus, no puede dudarse que don Francisco de Moya como padre y legitimo administrador de su hijo tiene fundada su intencion para vencer en este remedio de interin por todas las doctrinas alegadas supra nu. 1.

49 ¶ Y porque aũque todos los actos referidos no huuiessen constituydo verdadera possession (como sin duda la ay en ellos) bastaua la insistencia, la detentacion, y el hecho solo de auerse tenido por posseedor; y estar haziendo actos de tal, y hallarse en este estado quando don Iuan Alõso pidio la possession judicial, porque para este remedio sola la detentacion y ocupacion natural aprouecha, tractatur enim de mero facto, non de iure, vt omnes agnoscunt relati superius dict. nu. 1. & nu.   & bene præter alios expendit Franc. Milanens. dict. decis. 1. num. 98. & 99. como tambien suele aprouechar la detentacion, vt detur manutentio ex iudicis officio, al colono, inquilino, comodatario, & alijs similibus, qui verè non possident glo. in l. non tantum, ff. de pet. hæred. Bart. in l. de vsu, ff. de var. & extraord. cogn. Bald. in l. ædem, col. 2. C. de locat. Plot. in l. si quando, num. 98. C. vnde vi. Alciat. resp. 428. num. 2. Marant. de ordin. iud. 7. distinct. num. 35. Nat. cons. 563. nume. 27. lib. 3. Valasc. tom. 1. consult. 79. nu. 11. Fontan. de pact. nupt. tom. 2. claus. 7. glos. 3. p. 10. n. 23. & alijs seqq.

50 ¶ Y porque siendo como son claros y ciertos los fun-

fundamentos que tiene en la justicia principal, vt constat & adductis in artic. 1. es mas precisa en su fauor la manutenciō, aunque los actos de possession estuuiessen controuertidos, vt in indiuiduo ait (pluribus relatis) Milan. decis. 3. num. 174.

51 ¶ Y porque don Iuan Alonso no tiene en su fauor acto alguno de possession ni detentacion, sino solamēte la possession judicial que tomó, que fue nula, turbatiua, y viciosa, y luego se hizo litigiosa con la contradicion desta parte, y el pleyto està sobre ella pendiente, & per consequens, cessaron sus efectos, y no es manutenible, ex fundamentis & doctrinis superius adductis. Y aunque se opone por la otra parte, y se dize en su informacion num. 35. que en la primera peticion de don Francisco de Moya ante el Ordinario de Malaga, en que hizo la contradicion, dixo que estaua despojado; esto es incierto, y sola imaginacion de la parte, y Abogados que lo dizen, como se ajustó en la vista leyendose la peticion, & ex ea clarè patet.

52 ¶ Y porque la possession de la l. 45. de Toro, y el remedio de tenuta en los vinculos y patronatos de eleccion (como este lo es) compete solo al que tiene legitimo nombramiento, vt resoluit Dom. Paz de tenut. cap. 59. ex nu. 18. vsque ad fin. y consiguientemente el interin en estos remedios, y en qualquiera otro juyzio possessorio ha de darse al que hallandose con nombramiento tenia adquirida antes la possession ò detentacion, con lo qual vencemos a dō Iuā Alonso en ambas cosas, nempè en el titulo del nombramiēto, y en los actos y estado de la possession.

53 ¶ Y vltimamente porque el dicho don Iuan Alonso se funda en vn nombramiento reuocado, que es titulo ineficaz no solo para este remedio sumarissimo, sino para qualquiera otro possessorio y executiuo que se pretenda intentar en consequencia del titulo, quia ex eius reuocatione, etiam de facto virtus & executio turbatur, ex l. fin. versic. *Sin autem*. C. de ædict. diu. Adrian. toll. l. 3. titu. 14. part. 6. Dom. Cast. lib. 3. contr. cap. 24. nume. 143. & antea numer. 106. & ex multis confirmat Giurb. decis. 79. num. 24. & 25. & num. 26.

ARTICVLO III.

Sobre el sequestro y retencion.

54 ¶ Muy digno es de estrañarse, que siendo el reme-

 dio

dio que se ha de determinar sobre el interin, y no quedando ya mas que el auto de reuista, se aya introduzido articulo de sequestro, fundandolo en razones aparentes, las quales se conuencen con euidentes fundamentos.

55 ¶ Lo primero, que el remedio del sequestro es quitar la possession y detentacion al que la tiene, vt dum lis pẽdeat nullus ex litigatoribus possideat, l. licet, ff. de positi, glos. in l. 1. C. de prohibita sequestratione pecuniæ, vers. *Interim autem*. D. Paz de tenut. lib. 1. c. 10. n. 29. E conuerso autẽ, el remedio de interin mira a conseruar el estado de possession ó detentació a la parte que la tiene, quousque lis finiatur, vt in superiori articulo resolutum est. Luego el sequestro es remedio contrario y repugnante al remedio y articulo del interin, y las determinaciones en ambos son incompatibles: porque obteniendo en el interin don Fraciſco de Moya por vltima sentencia, eo ipso se excluye el sequestro, y si el sequestro se admitiesse auiendo la dicha determinacion en el interin, seria contra la cosa juzga, resoluiendose el efecto della y el de la possession: vt sentit Dom. Paz vbi supra cap. 11. num. 12. vnde absurdum videtur, que en el dicho remedio de interin se introduzga articulo de sequestro, pues todos los fundamentos del sequestro se absorué y cessan con la determinacion del interin: la qual razon fue la q̃ mouió al señor Mol. lib. 3. c. 13. n. 71. para seguir la opinió de de que en el remedio de tenuta no puede introduzirse el de el interin, porque determinada la tenuta, se absorue essotro remedio, como en nuestro caso determinado el del interin, se absorue tambien el del sequestro. *Superflua namque* (inquit Dom. Molin.) *esset pronuntiatio, de eo quod pendente iudicio efficiendum est cum sententia lata super principali, statim exequenda sit, atque aliud remedium absorbat.*

56 ¶ Et in propria specie, que quando se controuierte el remedio sumarissimo de interin, no deua cessar por el sequestro, imó potius, que la determinacion del interin reresuelua, y haga cessar qualquier sequestro, aunque al principio estè hecho por alguna causa justa, tradit pulchré Gail lib. 1. obseruat. 5. num. 2. Ses. de inhibit. c. 6. §. 1. à nu. 40. vsque ad 49. & multis relatis Fontan. de pact. nupt. tom. 2. claus. 7. glos. 3. par. 10. à num. 20. vsque ad 24. copiosé & eruditè Vvesembech. cons. 7. per totum, los quales resueluen, que el remedio de interin deue determinarse como remedio legal y preciso, amparando al que tuuiere el estado de la possessió, sin embargo del sequestro hecho, y mandandolo relaxar, y si este deue cessar, y no puede impedir el efecto de la senten-

cia

cia de interin, mucho menos la impedirà el sequestro que tan intempestiuamente se pide por don Iuan Alonso.

57 ¶ El segundo fundamēto es, que para el dicho sequestro no ay mas justificacion que auerlo pedido la parte contraria en vn otro si de la peticion, en que suplicò de la sentencia de vista sobre el interin, de que se concluyó sin embargo, sin que aya auido instancia ni prueua sobre las causas, siendo el sequestro remedio tan graue y perjudicial, que aun en los casos en que es admissible no deue determinarse sobre el, sin preceder conocimiento, instancia y prueua sobre las causas que pueden mouer a hazerlo, y sin que baste proponerlas simpliciter, per solum libellum, como se ha hecho por don Iuan Alonso: ita Angel. cons. 107. nu. 3. quem refert & sequitur Aluar. Valasc. d. consul. 191. tom. 2. n. 37. ibi: *Cæterum quando ad sequestrum procedi debet non sufficit verosimile videri iudici, sed id debet probari, vt tradit optime Angel. cons. 107. n. 3. alioqui iudici liberum esset ad sequestrum procedere adiecta sola causa ne veniant ad arma, quod in ciuile erit*: eleganter (plures rationes, & doctrinas adducēs) Vvesembech. d. cons. 7. n. 7.

58 ¶ El tercero, que todas las razones y causas que se proponen en ambas informaciones contrarias, assi en la principal al fin del articulo primero, como en la segunda q̄ se escriuió sobre solo el sequestro, no tienē mas que los fundamentos theoricos, como los van ponderando el señor Paz de tenut. d. c. 10. per totum, lib. 1. y Stephan. Grat. lib. 1. discept. cap. 114. à n. 1. vsque ad 14. y los demas autores que tocan el punto: pero llegando a la practica no son aplicables a este caso, porque las causas que para el se proponen son inciertas, y como se ha dicho no consta dellas, ni estan probadas, auiendose negado todas por nuestra parte, y cōuenciendose las mas dellas por los autos, y por testimonios, y papeles presentados; y finalmente no son mas que imaginaciones, y presunciones que quieren formar la parte contraria, y sus abogados para poder aplicar las doctrinas, siēdo assi que los autores que las dizen no afirman, que con solo proponer las causas se ha de venir al sequestro, sed potiùs, presuponen que han de estar probadas, y ha de constar dellas precediendo legitimo conocimiento.

59 ¶ El quarto, q̄ todas las causas y fundamentos q̄ son ponderables para el sequestro, y bastātes para justificarlo, ex prædictis doctrinis proceden y deuē entenderse quādo no llega el caso en que la parte que ha probado el estado de su possession, deue ser manutenida en ella por el remedio del

interin: porque llegando este caso, los fundamentos del sequestro aunque alias estuuiessen muy justificados, ceden a los del interin, y el posseedor deue ser manutenido precisamente, denegandole el sequestro, porque no se ha de quitar al posseedor el comodo de la possession, imo tuendus est in ea, ex regul. l. 1. C. de prohib. sequest. pecun. vbi DD. l. fin. ff. de offic. Proc. Caes. c. fin. 11. q. 1. ibi: *In eodem statu re eadem posita in quo videtur ante constitutam litem*, l. Imperatores, §. fin. & ibi DD. ff. de appell. expressè Bald. n. 5. Ias. n. 4. & alij, in l. quidam existimauerunt, ff. si cert. peta. Matienç. (alios referens) in l. 9. glos. 1. n. 2. tit. 7. lib. 5. recop. Vvesembech. d. cons. 7. n. 7. vers. *quando illud est extra dubiũ*: & vers. *cum nullũ dubiũ*.

60 ¶ El quinto, porque el sequestro solo ha lugar quando ambas partes concurren a la possession, y la pretenden, & bona sunt vacantia tẽpore motæ litis, y ay temor ne partes veniãt ad arma pro possessione obtinẽda, l. æquissimũ, ff. de vsufr. l. communi diuidundo, § cum vsufructu, ff. cum diuid. l. 1. §. apud Iulian. ff. de posit. Ant. Gom in l. 45. Taur. n. 197. D. Mol. lib. 3. cap. 13. n. 71. Franc. Marcus dec. 38. nu. 3. & dec. 1198. n. 3. cum seqq. p. 1. o quando dubitatur quis possideat, Paul. cons. 111. n. 2. Vvesembech. cons. 48. nu. 35. & 36. Però quando tempore motæ litis se halla alguno en la possession, ha de ser amparado en ella, y el sequestro no deue admitirse, aunque el remedio intẽtado no fuesse de interin, sino otro qualquiera, sic Dom. Mol. d. lib. 3. cap. 13. n. 72. ibi: *Siue prouidendo quod possideat pendẽte lite quẽ ex probationibus, seu aliter constat tempore eiusdẽ litis motæ possedisse, vel maioratũ sequestrando, si non constet quis eorum tempore litis possidebat*, Aluar. Valasc. d. cons. 191. tom. 2. num. 38. vbi ex pluribus cõprobat Ioan. Gutierr. pract. lib. 3. q. 13. num. 4. Molin. Iesuit. de iustic. & iur. tract. 2. disp. 638. num. 10. circa fin. Ant. Gom. in d. l. 45. Taur. num. 175. Mier. 3. p. q. 7. n. 2. D. Paz de tenut. d. lib. 15. c. 10. à n. 10. vsque ad 15.

61 ¶ El sexto y vltimo, que el sequestro pretendido en este caso tiene mucho menos fundamento, considerandose, que tiene don Francisco de Moya en su fauor para el interin dos sentencias, vna del Ordinario y su acompañado, y la de vista, que fue confirmatoria, en el qual caso la pretension del sequestro tiene resistencia de derecho, ex adductis per Stephan. Grat. dict. cap. 114. à num. 15. vsque ad 20. donde resuelue, que esto procede teniendo el posseedor la primera sentencia en su fauor, aunque en el grado de apelaciõ aya otra contraria, en que se presupone, que siendo ambas fauorables, será mas llana la dicha resolucion.

Sobre

62 ¶ En quanto a la pretension de que don Francisco de Moya aya de dar fianças, no es necessario alargar mas el el discurso, porque la obligacion de darlas es consecutiua al sequestro, y como regularmente cessa con ellas en los casos en que deue hazerse; assi tambien quando no ha lugar, como cessa el sequestro, cessa la obligacion de dar fianças, principalmente quando la manutencion compete, y ha de hazerse por el remedio de interin en fauor de el posseedor (prout in nostro casu) porque deue ser libre, y sin fianças, ni caucion alguna por los fundamentos precisos de justicia, y no por los de arbitrio, vt ex omnibus superioribus rationibus & doctrinis apertè cōprobatur, & in expresso animaduertit Stephan. Gratian. discept. forens. tom. 1. dict. cap. 113. num. 28. & duobus seqq. ibi: *Ampliantur prædicta vt neque obstet nullitas pensionis, quia interin est manutenendus pensionarius, donec de ea cognoscatur Rot. per R.P.D. Maij 1589. quemadmodum conceduntur huiusmodi mandata, quamuis prætendantur iniusti possessores, cap. in literis, &c.* Atque inferius, ibi: *Quia si non daretur huiusmodi manutentio, per viam indirectam possessor amitteret commodum possessionis, quod fieri non debet, cap. conquerente. 7. de restitut. spoliat. ita vt neque cautio sit danda quamuis prætendatur nullitas pensionis, debet enim fieri solutio, & manuteneri pensionarius in sua quasi possessione exigendi, simpliciter nulla præstita cautione de restitutione in casu sucumbentiæ, & declarationis nullitatis pensionis, &c.*

Sobre la retencion.

63 No percebimos en que pueda fundarse la retenciō de este pleyto pedida por la otra parte en lo principal, estando confirmado el auto del Iuez inferior, de que vino apelado; y no auiendo causa de omission, agrauio, ni denegacion de justicia, ni otra alguna, cessante enim legitima, & iusta causa retentio fieri non debet, nec causa reuocari à cognitione, & instantia iudicis ordinarij apud quem cepta fuit, quamuis pars conqueratur recusset, & iuret, vt ex veris, & communibus resolutionibus, & doctrinis praxi, quæ in nostro Regno receptissima discutit, & plenissimè resoluit Domin. Castill. controu. tomo 7. nuper ædito, cap. 41. ex num. 134. vsque ad n. 144. donde junta todos los que tocan

el punto, y los fundamentos del, tam de iure communi, quã Regio: con que justamente nos remitimos a este lugar para escusar mas prolixidad que la que este papel hasta aqui á tenido, confiados en que seruira de disculpa; o la obligaciõ de fundar la justicia desta parte, y de responder a treze pliegos que tienen las informaciones contrarias en la justicia principal, y en tan diuersos puntos, o lo que dixo Plinio el moderno, lib. 6. epist. 2. *Præsertim cum primum religioni suæ iudex pacientiam debeat, quæ pars magna iustitiæ est, at quædam superuacua dicuntur etiam, sed satius est, & hæc dici quam non dici necessaria.* Quæ omnia subijciuntur D.D.V.C.

El Lic. Bermudez de Castro.